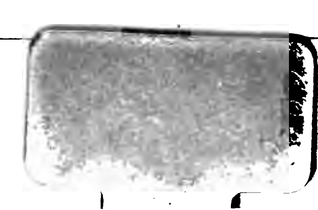


Zum
XXVIII. Deutschen Juristentage.

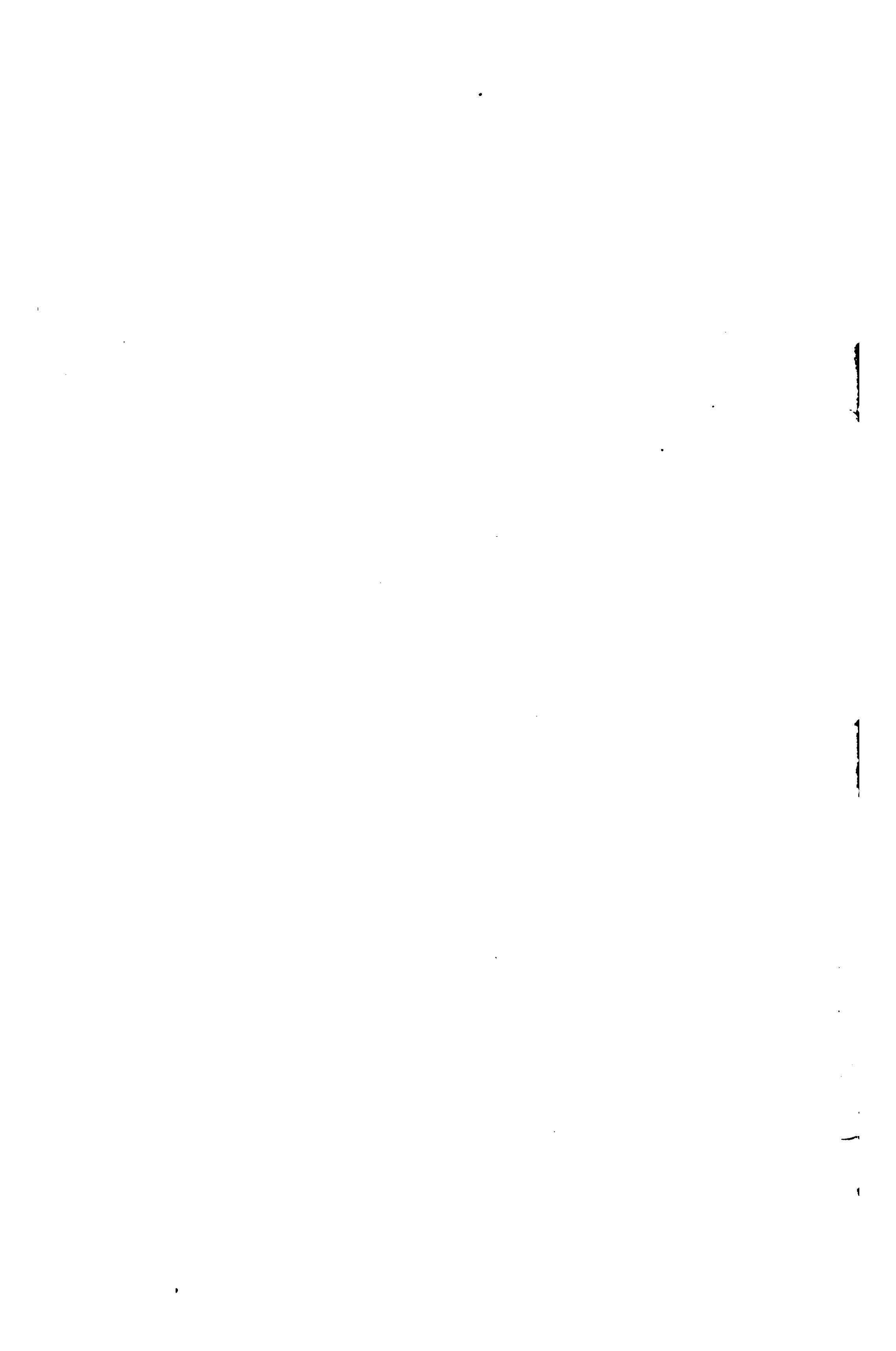
Festgabe

überreicht vom

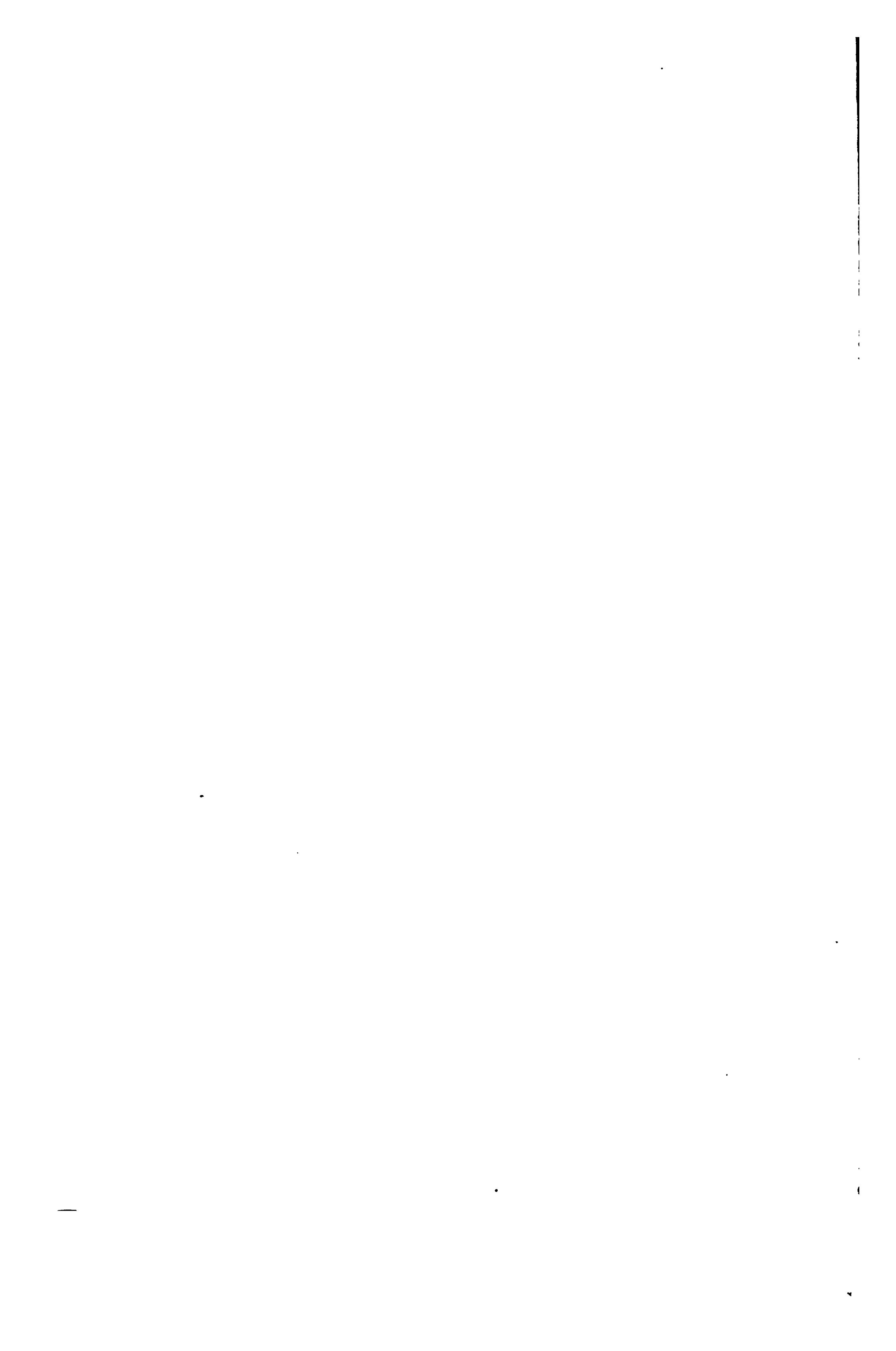
Kieler Ortsausschuß.



Berlin, 1906.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8, Mohrenstraße 13/14.



Inhalt.



I.

Aus der Erinnerung eines alten Juristen.

Von Justizrat Ferdinand Philipp in Altona.

I. Die Dinggerichte in Schleswig-Holstein.

Bis zur Einführung der preußischen Justizverfassung im Jahre 1867 bildeten fast überall in den Landdistrikten der Herzogtümer Schleswig-Holstein Laiengerichte die ordentliche erste Instanz. Die Beisitzer dieser unter der Bezeichnung der Dinggerichte zusammengefaßten Volksgerichte hatten recht verschiedene Namen. In Schleswig hießen sie Sandmänner, Bonden, Dingmänner, Hardesmänner; in Holstein wurden sie Holsten, auch fromme oder sichere Holsten, Hausleute, Dingmänner, Schöffen genannt. Die regelmäßige Rechtsprechung befand sich indessen tatsächlich längst in den Händen der landesherrlichen Beamten, und zwar infolge der den Oberbeamten überall zustehenden sog. prima audientia, welche jeder Verhandlung vor den Dinggerichten vorangehen mußte. Ursprünglich war die prima audientia nichts weiter als ein Versuch der Güte; allmählich war eine förmliche Verhandlung vor dem Oberbeamten an die Stelle getreten, welche regelmäßig mit dem laudum in der Form des Urteilsspruches abschloß. Von diesem laudum konnte innerhalb bestimmter Frist ad ordinarium provoziert werden, dann erfolgte die Verweisung an das Dinggericht. In manchen Distrikten war es zur Regel geworden, vom laudum des Amtmanns unter Überspringung von Ding und Recht unmittelbar an das Kgl. Obergericht zu provozieren. Das Obergericht sah alsdann die Kompetenz des Amtmanns als die eines fori prorogati an, behandelte aber das laudum nicht wie eine sententia a qua, sondern ließ die Prozeßsache vor sich wie vor einer ersten Instanz verhandeln.

Etwas abweichend hatte sich der Rechtszustand in der Herrschaft Pinneberg entwickelt, welche zum sog. Schaumburgischen Landesteil gehörte, der erst im Jahre 1640 nach dem Tod des letzten Schaumburger Grafen Otto auf die königliche Linie des Oldenburgischen Hauses übergegangen war und manche selbständige Einrichtungen bewahrt hatte. Die Klagesache konnte an das Dinggericht oder an den Landdrosten gebracht werden, an dessen Stelle seit 1855 ein Landrichter getreten war. Erfolgte die Einlassung vor letzterem, so trat derselbe vollständig an die Stelle des Dinggerichts. Es wurde vor ihm in ordinario verhandelt, von seinem Urteil an das Obergericht appelliert. Wurde die Einlassung verweigert, so erging sofort die Verweisung an das Dinggericht.

Wie sehr nun auch die Wirksamkeit der Dinggerichte im Laufe der Zeit sich geändert hatte, immerhin war ihre Tätigkeit nicht eine so geringe, wie man nach gelegentlichen Äußerungen in der wissenschaftlichen Literatur annehmen möchte. Die Erinnerung an die ersten zehn Jahre meiner Tätigkeit vom Jahre 1857 bis 1867 umfaßt eine nicht ganz kleine Zahl von Verhandlungen vor Dinggerichten. Gewiß war die damals in den Herzogtümern vorhandene Einrichtung der Advokatur nicht ohne Einfluß darauf, daß die Volksgerichte häufiger in Tätigkeit traten. Zwar enthielt die im wesentlichen in Geltung befindliche freie Advokatur eine größere Zahl vornehmer Elemente, daneben aber machte die wohl unausbleibliche Folge eines Proletariats in unerwünschter Weise sich geltend. Nicht selten erfolgte durch diesen mäßigen Teil der Advokatur die Verweisung von Prozeßsachen an die Dinggerichte. Auch bessere Elemente entschlossen sich dazu, wenn die Aufführung eines den ganzen Distrikt interessierenden Schauspiels zweckmäßig erschien.

Die Erfahrung jener Tage über die Wirksamkeit der Dinggerichte konnte ein günstiges Vorurteil für die Teilnahme von Laien an der Rechtsprechung nicht erwecken und mag für spätere Zeit gegenüber abweichender moderner Anschauung für manchen maßgebend geblieben sein. Dennoch ist nach meiner Erinnerung ein gewisser Nimbus patri-

archalischer Tradition damit verbunden gewesen. Man hatte nicht die Empfindung einer widerwärtigen überlebten Einrichtung und suchte sich mit dem verbliebenen Rest freundlicher volkstümlicher Sitte abzufinden.

In Pinneberg trug der uralte Dingvogt noch beinahe korrekt die lange Dingformel vor. Die Verhandlung wurde vom Landrichter geleitet. Herkömmlich wurde der Gerichtssekretär mit in die Acht genommen, von dem auch regelmäßig das wohlvorbereitete Urteil stammte. Die Gebühr des Dingvogtes bestand darin, daß die Dingmänner, der Landrichter und der Sekretär, sowie die Advokaten nach der Verhandlung im Hause des Dingvogtes eine Hühnersuppe zu genießen hatten, die übrigens einen Bratengang und eine Flasche Rotwein mitenthielt. Der Preis der Mahlzeit war gering, die Güte des Weines noch geringer. Ich hatte gelegentlich meinen Platz neben einem als Original bekannten Bauern, der wegen seiner Vorliebe für die Fischerei „der Wittfischer" genannt wurde und die Gewohnheit hatte, jeden mit „Du" anzureden. In damaliger Zeit wurde noch von den Advokaten auf die gute Form des Vortrags besonderer Wert gelegt, und so mag auch ich in zusammenhängender Rede meine Sache vertreten haben. Das mußte dem Wittfischer gefallen haben, denn er klopfte mich kräftig auf das Bein und sprach sein Lob mit den Worten aus: „Junge, will ick di man seggen, warum büst nicht Paster worrn!"

Ein ganz anderes Bild bot das Dinggericht im Distrikt der Klostervogtei Uetersen. Nach meiner Erinnerung wurde das Ding und Recht nicht förmlich durch einen Vogt gehegt. Der Klosterprobst leitete die Verhandlung, damals ein hochangesehener Herr aus der Ritterschaft und ein vorzüglicher Jurist. Aber die Dingmänner verstatteten weder ihm noch dem Klostersyndikus besonderen Einfluß auf die Urteilsfindung. Sehr ausführlich wurde in einem Erbschaftsstreit der Angehörigen einer bekannten Uetersener Bürgerfamilie verhandelt. Dann zog das Gericht sich in die Acht zurück und die Beratung nahm eine geraume Zeit in Anspruch. Endlich erschienen die Richter wieder und der Obmann verkündete den Advokaten feierlich den Spruch: „De Herren

möt sik vergliecken!" Der hinzugefügte Entscheidungsgrund lautete: „Wi könnt mit de Sack nich klar warrn." Ob und welchen Einfluß demnächst die Dingmänner auf die streitenden Parteien geübt haben, steht dahin; jedenfalls gelang es, dem Spruch des Gerichts Folge zu leisten und den Rechtsstreit durch Vergleich zu erledigen.

In interessanter Erinnerung ist mir aus der Zeit meiner Glückstädter Advokatur eine Verhandlung vor dem adligen Marsch-Lod-göding, die im sog. Marschhaus in Krempe stattfand. Das genannte Lod-göding kombinierte zwei Instanzen dergestalt, daß das Lodding im Halbkreis unten seinen Sitz hatte und darüber im gleichen Halbkreis auf erhöhten Sitzen das etwas stärker besetzte Göding sich befand. Die Verhandlung fand nur einmal vor beiden besetzten Gerichten statt. Dann ging das unten sitzende Lodding in die Acht und kehrte mit seinem Spruch zurück. Der Advokat der unterlegenen Partei schalt stante pede, viva voce das abgegebene Urteil, „prästierte Solemnien" und „erlegte das Schoßmal mit zwei blanken Speziestalern" klingend auf den Tisch vor den Pulten. Dann ging feierlich von der oberen Estrade das Göding hinunter in die Acht und kehrte mit seinem Spruch zurück. — Es mag ein Aberglaube gewesen sein, jedenfalls war die Meinung verbreitet, daß das Göding mit seinen höher sitzenden und gereifteren Richtern jedesmal das Urteil des unter ihm sitzenden Loddings aufgehoben habe.

Als im Jahre 1867 die ersten altländischen Juristen in die Herzogtümer kamen, wurde wohl von ihnen geäußert, daß hier gar kein entwickeltes Rechtsleben existiere. Inzwischen hat die neue preußische Provinz, was vermißt wurde, längst nachgeholt. Ich konnte damals nur dem ersten preußischen Staatsanwalt, dem späteren Reichsgerichtsrat Mittelstaedt erwidern, daß wir doch darin sicher den alten Provinzen voraus seien, regelmäßig in Zivilsachen fünf Instanzen angehen zu können, zunächst die prima audientia des Oberbeamten, dann das Dinggericht unterer Instanz, sodann das Göding, von dessen Spruch die Rechtssache an das Obergericht und im Wege der Oberappellation an das Oberappellationsgericht gelange.

II. Zur Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

Im Januar 1866 wurde von dem österreichischen Statthalter, Feldmarschall-Leutnant Gablenz eine aus Juristen und Sachverständigen zusammengesetzte Kommission berufen, welche unter dem Vorsitz des damaligen Obergerichtsrats Witt einen Gesetzentwurf zur Einführung des deutschen Handelsgesetzbuchs im Herzogtum Holstein ausarbeiten sollte. Die Kommission, von deren Mitgliedern seit dem Tod von Professor Seelig in Kiel nur noch der Verfasser dieses Aufsatzes sich am Leben befindet, wurde bei ihrer ersten Versammlung in Kiel vom Statthalter begrüßt und in die ihr obliegende Arbeit eingeführt. Die im heimatlichen Dialekt gehaltene Ansprache hatte einen überaus gemütlichen Ton: Wir seien wohl verwundert, daß er, der Statthalter, ein Mann des Krieges, uns zu solchem Werk des Friedens auf das Schloß beschieden habe. „Aber ich bin kein Kadett mehr, der glaubt, den Marschallstab hinten in der Rocktasche zu haben; ich habe mir bereits meine Sporen verdient und kann mich nun auch für die Werke des Friedens interessieren." Als besonderen Grund seines Interesses für die uns gestellte Aufgabe gab der Statthalter im weiteren Verlauf der Ansprache an, daß der Ritter von Raule, welcher Österreich auf der Nürnberger Konferenz vertreten habe, sein entfernter Vetter gewesen sei.

Die Verhandlungen der Kommission auf der Grundlage erstatteter schriftlicher Referate wurden in einer Anzahl Sitzungen, für welche im Kieler Schloß ein Saal eingeräumt worden war, so sehr gefördert, daß bereits im Monat Mai der Gesetzentwurf, soweit die ersten vier Bücher des Handelsgesetzbuches in Betracht kamen, in erster Lesung fertiggestellt war, und die Verteilung der Referate für das letzte Buch, das Seerecht, erfolgen konnte. Dann aber trat eine größere Pause infolge der kriegerischen Ereignisse ein. Der österreichische Statthalter verließ das Land, die herzogliche Landesregierung wurde aufgelöst und der erste preußische Oberpräsident, der Baron v. Scheel-Plessen, übernahm die Verwaltung der Herzogtümer. Nach Verständigung mit der neuen Verwaltung wurde demnächst die Arbeit der Kommission

fortgesetzt. Die späteren Sitzungen fanden indessen in Altona statt und nur zur Schlußsitzung am 15. September 1866 kam man wieder in Kiel zusammen.

Seit den Nickolsburger Friedenpräliminarien stand es fest, daß die Herzogtümer Schleswig und Holstein der preußischen Monarchie einverleibt werden und voraussichtlich in Gemeinschaft als einheitliche Provinz der neuen Gesetzgebung unterliegen würden. Bei der der Kommission gestellten, auf das Herzogtum Holstein beschränkten Aufgabe konnte der von ihr ausgearbeitete Gesetzentwurf daher dem demnächst eintretenden Gesetzgeber nur als geeignetes Material dienen. Unter diesen Umständen verzichtete die Kommission auf eine zweite Lesung ihrer Arbeit. In das Schlußprotokoll wurde folgender Passus aufgenommen:

> „Man hielt dafür, daß der vorliegende Entwurf, welcher nur für das Herzogtum Holstein ausgearbeitet worden, einer weiteren Bearbeitung unterliegen werde, weil der Erlaß eines gemeinschaftlichen Gesetzes für die beiden Herzogtümer Schleswig und Holstein unzweifelhaft werde beabsichtigt werden. Aus diesem Gesichtspunkte nahm man an, daß die redaktionelle Schlußarbeit erst dann zweckmäßig vorzunehmen sei, wenn die etwaigen materiellen Modifikationen im Gesetze, welche durch die Verhältnisse des Herzogtums Schleswig geboten sein möchten, festgestellt seien."

Mit Bericht vom 15. September 1866 ist der von der Kommission ausgearbeitete Entwurf des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch mit den erwachsenen Protokollen dem Oberpräsidenten überreicht. Durch Verordnung vom 5. Juli 1867 ist sodann das Handelsgesetzbuch in den Herzogtümern, welche inzwischen durch Gesetz vom 24. Dezember 1866 der preußischen Monarchie einverleibt worden, mit Gesetzeskraft vom 30. September 1867 eingeführt. Die gedachte Verordnung, deren Bestimmungen gleichzeitig mit der neuen Gerichtsverfassung in den Herzogtümern ins Leben traten, schloß sich so eng wie möglich an die Normen des preußischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 24. Juni 1861 an. Immerhin fanden manche Bestimmungen

Aufnahme, welche von der holsteinischen Kommission mit Rücksicht auf besondere, namentlich lokale Verhältnisse vorgeschlagen waren.

Es wird noch heute von besonderem Interesse sein, daß die Kommission sich entschlossen hatte, die Ausdehnung der im vierten Buch des Handelsgesetzbuchs Tit. 1 Abschn. 1—4 enthaltenen Bestimmungen mit gewissen Ausnahmen auf das gesamte Zivilrecht vorzuschlagen. Bekanntlich hatte die Nürnberger Konferenz, weil die Grundlage eines gemeinschaftlichen Obligationenrechts für sämtliche deutsche Länder fehlte, sich entschließen müssen, gleichmäßige Grundsätze für das Gebiet der Handelsgeschäfte durch eine Anzahl bedeutsamer Bestimmungen zu fixieren, welche ihrer Natur nach einen allgemeinen Charakter an sich trugen, und Bestandteile eines gemeinsamen, für den gesamten Rechtsverkehr bestimmten Obligationenrechts bilden sollten. Wo immer das in Geltung befindliche allgemeine Zivilrecht mit diesen Bestimmungen nicht übereinstimmte, stellte sich in der Rechtsprechung der schwere — jeder inneren Berechtigung entbehrende — Nachteil heraus, daß verschiedene Normen im Gebiet des allgemeinen Verkehrsrechtes zur Anwendung gelangen mußten, je nachdem die Entscheidung auf Grund des Handelsgesetzbuchs zu treffen war oder nicht. Der Übelstand war um so empfindlicher, als nach dem System des Handelsgesetzbuchs das Handelsrecht einen ausgedehnten Kreis des Mobiliar-Verkehrsrechts weit über die Grenzen des eigentlich merkantilischen Verkehrs hinaus umfaßte, und das Grenzgebiet der beiden nebeneinander bestehenden Rechtskreise vielfach zu Zweifeln Veranlassung bot. Das Bedürfnis nach einem gemeinsamen deutschen Verkehrsrecht hatte auch bereits dazu geführt, daß eine Konferenz der deutschen Bundesstaaten zur Ausarbeitung eines solchen Gesetzes in Dresden zusammengetreten war und schon ein von ihr in erster Lesung ausgearbeiteter Entwurf vorlag. Da Preußen indessen an dieser Konferenz sich nicht beteiligt hatte und der preußische Staat wegen seiner Größe, seiner geographischen Lage und der Verschiedenheit seiner Rechtsgebiete vorwiegend in Betracht kommen mußte,

so war die Hoffnung auf das Zustandekommen eines umfassenden gemeinsamen deutschen Gesetzes damals als gering zu bezeichnen. Auf Grund dieser Erwägungen war die Kommission zu dem einstimmigen Beschluß gelangt, im holsteinischen Einführungsgesetz die allgemeine, nicht bloß auf Handelsgeschäfte und Kaufleute beschränkte, Geltung der gedachten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches vorzuschlagen, wiewohl nur die Handelsstädte Hamburg und Bremen in ihren Einführungsgesetzen zu diesem Schritt sich entschlossen hatten. — Es mußte noch ein volles Menschenalter vergehen, bevor im Deutschen Reich das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft trat, und der Zwiespalt in den allgemeinen Normen des Rechts der Schuldverhältnisse im Gebiet des Handels und des bürgerlichen Verkehrs sein Ende fand.

II.

Eigenhändiges Testament und Testierfreiheit im früheren Rechte Schleswigs.

Von Professor Dr. Max Pappenheim in Kiel.

Zu den wenigen Fragen, welche in allen Stadien der Entstehung des BGB. mit gleichem Interesse erörtert worden sind, hat diejenige der Aufnahme des eigenhändigen Testaments gehört. Der erste Entwurf beantwortete sie in bejahendem Sinne nur für die Fälle der Verkehrssperrung, des See- und des Gesandtentestaments.[1]) Auch wurde die Erstreckung der Vorschriften des RMilG. § 44 auf Testamente der zur Besatzung von Fahrzeugen der Kaiserlichen Marine gehörenden Personen usw. alsbald in Aussicht genommen.[2]) Die in zweiter Lesung beantragte Zulassung des eigenhändigen Testaments als ordentlicher Testamentsform wurde abgelehnt,[3]) dagegen für die Anordnung von Vermächtnissen bis zum Gesamtbetrage von einem Zwanzigstel des Nachlasses und für gewisse andere Verfügungen (Ernennung eines Testamentsvollstreckers, Anordnungen des Erblassers über sein Begräbnis, familienrechtliche Anordnungen) das eigenhändige Testament freigegeben.[4]) In der hierdurch gegebenen Gestalt gelangte der Entwurf an den Reichstag.[5]) Nachdem in der Kommissionsberatung das eigenhändige

---

[1]) E. I §§ 1927 Abs. 1 Nr. 2, 1929, 1931 Abs. 1, dazu Mot. 5, 258, 284, 288 f.; s. auch Vorentwurf (Vorlage des Redaktors v. Schmitt) §§ 180, 183, 186.

[2]) Mot. z. E. e. BGB. 5, 286 f., E. e. EGBGB. (1888) Art. 26.

[3]) Prot. 5, 326—329.

[4]) E. II §§ 2119, 2120. Prot. 5, 357—365.

[5]) RT. E. §§ 2220, 2221, 2223—2225.

Testament als ordentliches Testament angenommen war,[6]) wurde der Antrag auf Wiederherstellung der Regierungsvorlage in der zweiten Plenarberatung nach eingehender Erörterung abgelehnt[7]) und in dritter Lesung die Kommissionsfassung ohne Debatte angenommen.[8]) So ist die Vorschrift des § 2231 BGB. entstanden, nach welcher das Testament in ordentlicher Form durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichtet werden kann.

In dem Kampfe, der um das eigenhändige Testament geführt worden ist, hat naturgemäß die Tatsache eine wichtige Rolle gespielt, daß dasselbe wie in einer Anzahl fremder Länder, so auch in einem Teile Deutschlands selbst ein Institut des geltenden Rechtes war. Es kam in dieser Hinsicht vornehmlich das Gebiet des französischen und badischen Rechtes in Frage. Seiner wird in den einschlägigen Erörterungen ausschließlich gedacht.[9]) Daß sie sich nicht mit dem kleinen Teile Bayerns befaßten, in dem das eigenhändige Testament auf Grund des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs zugelassen war, ist erklärlich. Auffallend aber ist, daß von keiner Seite Schleswig Erwähnung fand, wo seit dem Jahre 1854 das eigenhändige Testament in Geltung war. Die folgende Betrachtung ist nicht nur dazu bestimmt, an diese Tatsache zu erinnern. Es dürfte sich aus ihr auch ergeben, daß die Umstände, unter denen das eigenhändige Testament in Schleswig zur Anerkennung gelangt ist, die Aufmerksamkeit des Rechtshistorikers auch über die Grenzen provinzialgeschichtlicher Forschung hinaus in Anspruch nehmen können.

Nach § 2 der schleswigschen V. vom 4. Februar 1854[10])

---

[6]) StenBer. üb. d. Verhdl. d. Reichstags 9. LegPer. IV. Sess. Anlagebd. 3, 2103—2105.

[7]) StenBer. a. a. O. 4, 3007—3014.

[8]) StenBer. a. a. O. 4, 3095.

[9]) Begr. d. Entw. ein. Rechtes d. Erbfolge (Vorlage des Redaktors v. Schmitt) 402, Mot. z. E. I 5, 258, Prot. d. II. Komm. 5, 327. D. z. RT. Vorlage 279, Ber. d. RTKomm. StenBer. a. a. O. Anlagebd. 3, 2103, Verhdl. d. RT 4, 3007[1].

[10]) Chronologische Sammlung der im Jahre 1854 ergangenen Verordnungen etc. f. d. Herzogtum Schleswig No. 23.

sollen testamentarische Dispositionen, um rechtsgültig zu sein, unter genauer Beobachtung der in dem Patente vom 15. April 1786 vorgeschriebenen Formen errichtet sein. Als einen Fall des vorschriftsmäßig solennisierten Testaments nennt dieses Patent[11]) auch den einer auf den Todesfall errichteten Willensverordnung, welche vom Disponenten eigenhändig geschrieben, datiert und (wenn eine Frauensperson die Disposition errichtet, zugleich mit ihrem Kurator) unterschrieben wird. Hiernach scheint es zunächst, als wäre das eigenhändige Testament auch schon vor der V. von 1854 eine der ordentlichen Testamentsformen des schleswigschen Rechts gewesen. Dem war indessen nicht so. Denn die Solennitäten des Patents von 1786 hatten in Wahrheit nicht die Bedeutung von Testamentsformen. Das Patent von 1786 setzte sich nach seiner eigenen Erklärung zur Aufgabe, die Vorschriften zusammenzufassen und zu erneuern, welche sich auf die Einrichtung der zur königlichen Bestätigung einzusendenden Testamente bezogen. Diese Testamente waren nicht rechtswirksam, wenn auch die von dem Patente erneuerten Vorschriften für ihre Errichtung beobachtet worden waren. Erst durch die königliche Bestätigung erlangten sie Rechtsgültigkeit. Die vorschriftsmäßige Solennisierung diente nur zur Beschaffung und Sicherung der Unterlagen für die Bestätigung. Wurde diese einem nicht gehörig solennisierten Testamente zuteil, so war es nicht weniger wirksam, als wenn es in der vorgeschriebenen Art errichtet worden wäre.[12]) Und wenn die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Formalien bei einem zur Bestätigung eingereichten Testamente festgestellt wurde, hatte dies zwar regelmäßig, aber nicht notwendig das Unter-

---

[11]) System. Sammlung der f. d. Herzogtümer Schleswig und Holstein erlassenen . . . Verordnungen und Verfügungen 2, 680 ff.

[12]) In dem Reskript vom 3. VII. 1744 (System. Sammlung 2, 672 f.) bestätigt König Christian VI. die von dem Obergericht zu Gottorp vorgetragene Rechtsanschauung, daß durch die im Herzogtum Schleswig erforderlichen confirmationes ultimarum voluntatum die bei deren Errichtung etwa unterlassene formalia salviret würden. Vgl. dazu für das dänische Recht namentlich L. L. Kongslew, Den danske og norske private Rets første Grunde 2, 246 (Kiøbenhavn 1782).

bleiben der Bestätigung zur Folge. Dies galt insbesondere auch für eigenhändige Testamente.

Dagegen ist durch die Verordnung von 1854 einerseits die königliche Bestätigung als Erfordernis gültiger Testamentserrichtung überhaupt in Wegfall gekommen, andererseits die Rechtsgültigkeit des Testaments von der Beobachtung der in Bezug genommenen Vorschriften des Patents von 1786 abhängig gemacht und somit diesen Vorschriften die Bedeutung wahrer Testamentsformen verliehen worden. Hiermit war das eigenhändige Testament nach schleswigschem Rechte ein ordentliches Testament geworden.[13])

Die außerordentliche Erleichterung, welche so der Testamentserrichtung in Schleswig zuteil geworden war, ist um so bemerkenswerter, als sie sich unmittelbar an einen Rechtszustand anschloß, der gerade in der Richtung der grundsätzlichen Ablehnung des Testaments innerhalb Deutschlands seines Gleichen nicht mehr hatte. Die Verordnung von 1854 besimmt in § 1: „Jeder, der Dispositionsbefugniß über sein Eigenthum hat und bei gesunder Vernunft ist, soll künftig berechtigt sein, durch eine letztwillige Verfügung über sein gesammtes freies Eigenthum, mit Ausnahme des gewöhnlichen Pflichttheils der Leibeserben und Ascendenten ...., rechtsgültig zu disponiren, ohne daß es Unserer Allerhöchsten Confirmation der letztwilligen Verfügung bedarf.“ Hier zuerst ist der Grundsatz der Testierfreiheit für Schleswig allgemein ausgesprochen worden.[14]) Was anderwärts nur die Feststellung eines längst selbstverständlichen Rechtssatzes gewesen wäre, bedeutete für Schleswig den erstmaligen prinzipiellen Bruch mit dem altgermanischen Grundsatze der Ungültigkeit letztwilliger Verfügung.

Allerdings ist das Testament auch in Schleswig schon

---

[13]) Von Interesse ist, daß nach § 7 der V. v. 1854 deren Vorschriften auf die vor ihrer Publikation errichteten Testamente solcher Personen Anwendung fanden, die zur Zeit dieser Publikation noch lebten.

[14]) Die Bedeutung der Verordnung von 1854 ist daher von Stobbe, Handbuch d. deutschen Privatrechts 5, 202 Anm. 20, der sich mit Unrecht auf v. Stemanns Geschichte des öffentl. u. Privat-Rechts des Herzogtums Schleswig beruft, nicht zutreffend gekennzeichnet worden.

früh bekannt geworden. Im jütischen Lov von 1241 wird es erwähnt (Buch III Art. 45). Aber von der Vergabung von Todes wegen wird es nicht scharf geschieden, und nur zum Zwecke von Seelgaben ist es zugelassen. Auch in den hierdurch gezogenen Schranken aber besteht nicht etwa vollständige Verfügungsfreiheit, sondern es ist die Disposition auch zugunsten der Kirche durch das unentziehbare Recht der Erben engbegrenzt.[15]) Als im 16. und 17. Jahrhundert das Testament hierüber hinaus vorzudringen begann[16]), bot dies wiederholt für die zuständigen Stellen den Anlaß zu der Feststellung, daß es im Herzogtum Schleswig kein Testament gebe. So wurde im Jahre 1617 der auf das Testament der Anna Appelgard gestützten Klage ihres Ehemannes und ihres Sohnes auf Herausgabe des Nachlasses zwar stattgegeben, aber ausdrücklich betont, daß dies auf Grund des gesetzlichen Erbrechts geschehe, während „in diesem Fürstentum Schleswig kein Testament gültig“ sei. Unter Berufung auf diese und ähnliche Entscheidungen[17]) begründet Joachim

[15]) Über die noch keineswegs vollkommen aufgeklärte Geschichte der Vergabungsfreiheit im dänischen Rechte s. H. Matzen, Forelæsninger over den danske Retshistorie, Privatret 1, 120 ff. Schwierigkeiten macht für das jütische Recht zumal der im einzelnen unklare und mit anderen Zeugnissen im Widerspruch stehende Art. 34 des lateinischen Textes von Thords Artikeln (über welche Paul Johannes Jørgensen, Forelæsninger over den danske Retshistorie, Kbhvn 1905, 43 ff. und die S. 46 Angeführten).

[16]) Vgl. Chr. L. E. v. Stemann, Geschichte des öffentl. u. Privat-Rechts des Herzogtums Schleswig (Kopenhagen 1866) 2, 253 Anm. 1.

[17]) Blüting beruft sich auch auf ein Schreiben König Christians IV. an Herzog Friedrich III vom 16. VI. 1638, in dem es heiße: „So haben Wir anderweit nicht umbhin gekont selbiges Ew. Liebden in freund-, väter- und vetterlicher Wohlmeynung nochmahlen zu remonstriren, zweiffeln auch nicht, aldieweil Wir billig allerseits über dasjenige, was Low und Landrecht mit sich bringet, beständiglich halten, Ew. Liebden werden uns hierin sich nicht entziehen, sondern gleich Wir in Unserer Jurisdiction, in solchen Fällen keine testamentarische oder auff einigen künfftigen Todesfall gewidmete dispositiones gelten lassen, also auch ihres Orts gleichmäßige Beobachtung tragen.“ Das Schreiben scheint nicht gedruckt zu sein. In der Regista diplomatica historiae Danicae ist es zum Jahre 1638 nicht angeführt. Der mitgeteilte Passus gestattet eine Schlußfolgerung in Blütings Sinne schon deshalb nicht, weil er nur für gewisse, nicht näher bezeichnete Fälle den letztwilligen Verfügungen die Geltung abspricht.

Blüting gegen die Mitte des 17. Jahrhunderts in seiner Schrift „Vom Erbgangsrecht“[18]) ausführlich die Ansicht, daß Testamente „im Jütischen Lowbuch nicht gelten“, wie er denn auch in der Glosse zum jütischen Lov 3, 45[19]) bemerkt, daß außer dem Testamente für Seelgaben andere Testamente im Lowbuche nicht gälten und also allemal am Schleswigschen Landgerichte erkannt worden sei. Seinen Ausführungen hat die spätere Literatur Wesentliches nicht mehr hinzuzufügen gehabt.[20])

Ausnahmen von der Unzulässigkeit der Testamentserrichtung galten nach örtlichem Rechte für einige Bezirke Schleswigs, wie die Landschaft Eiderstedt, die Inseln Nordstrand und Pellworm und die Städte Friedrichstadt, Husum, Tönning und Garding.[21]) Im übrigen konnte bis zum Jahre 1854 die gültige Errichtung eines Testaments als eine Abweichung vom allgemeinen Rechte nur auf Grund landesherrlichen Privilegs erfolgen. Regelmäßig wurde ein solches nur von Fall zu Fall erteilt. Nur zwei Ausnahmen hiervon sind gemacht worden. Im Jahre 1732 gewährte der König

---

[18]) Herausgeg. von H. K. Hiort-Lorentzen (Kopenhagen 1859) 210ff.

[19]) Teil III, 68 (Flensburg 1717).

[20]) Vgl. L. A. G. Schrader, Handb. der vaterländischen Rechte in den Herzogtümern Schleswig und Holstein 2, 166 f. (Hamburg 1786), Lehrb. d. Schleswig-Holsteinischen Landesrechte 2, 270 (Kiel 1801), P. D. Chr. Paulsen, Lehrb. d. Privat-Rechts d. Herzogtümer Schleswig u. Holstein usw.[2] (Kiel 1842) 351 f., Esmarch, Handb. d. Erbrechts im Herzogtume Schleswig[2] (Schleswig 1852) 97, Chr. L. E. v. Stemann, Gesch. d. öffentl. u. Privat-Rechts des Herzogtums Schleswig 2, 253 (Kopenhagen 1866). Die Behauptung von Falck, Handb. d. Schleswig-Holsteinischen Privatrechts 1, 132, es sei die Rezeption des römischen Rechts in Schleswig für die Lehre von den Testamenten als unbezweifelhaft anzusehen, ist schon von Paulsen a. a. O. 353 Anm. 1 zutreffend als unbegründet bezeichnet worden; vgl. auch Esmarch a. a. O. 100, insbesondere Anm. 3.

[21]) Vgl. Mot. z. Entw. der V. v. 1854 (Anhang zur Zeitung f. d. Verhandlungen d. siebenten Provinzialständeversammlung f. d. Herzogtum Schleswig), Sp. 341, Paulsen a. a. O. (vorige Anm.) 351 Anm. 3 und 4. In dem Kgl. Reskr. v. 1. X. 1785 (Syst. Sammlung a. a. O. 679) wird das Sonderrecht der Landschaft Eiderstädt sehr charakteristisch als die ihr „ex speciali gratia konzedierte facultas testandi“ bezeichnet.

den Prälaten und Mitgliedern der schleswigschen Ritterschaft auf Ansuchen die Freiheit, „Testamente nach ihrem Willen zu machen und Donationes zu errichten“.[22]) Im Jahre 1793 ferner wurde der Priörin und den Konventualinnen des adligen St. Johannisklosters vor Schleswig nach dem Vorbilde der früher für die holsteinischen Klöster Preetz, Ütersen und Itzehoe erlassenen Konstitutionen das Recht zugestanden, Testamente in bestimmter Form zu errichten.[23])

Eine sehr viel größere Rolle haben die speziellen Privilegien gespielt, durch welche zugunsten einzelner Personen der Grundsatz der Unzulässigkeit letztwilliger Verfügungen außer Anwendung gesetzt wurde. Derartige Privilegien sind schon für die Mitte des 16. Jahrhunderts nachweisbar und müssen hundert Jahre später ganz gewöhnlich erteilt worden sein.[24]) Sie begegnen in zwiefacher Gestalt. Entweder wird einer bestimmten Person die facultas testandi erteilt, auf Grund deren sie nunmehr rechtsgültig testieren kann. Oder

---

[22]) Privilegien der Schleswig-Holsteinischen Ritterschaft ... herausg. von F. C. Jensen und D. H. Hegewisch (Kiel 1797) S. 257. Über frühere Versuche der Ritterschaft, die Verleihung der facultas testandi zu erlangen s. Ratjen, Handschriften der Kieler Universitätsbibliothek 1, 97, 110, 113, auch Fr. E. Vogt, Dissert. solemnis de testamentis sec. iura Slesvicensia et Holsatica (Kiel MDCCXXI) p. 26. Den Besitzern der von einem adligen Gute getrennten Parzellen und den Untergehörigen adliger Güter wurde „die dem Corps der Noblesse eigentlich verliehene facultas testandi“ nicht zugestanden, vgl. Promemoria d. Königl. Conseils v. 1. VII. 1769 (Syst. Sammlung 675 f.). Den Bestrebungen der Ritterschaft mußte förderlich sein, daß auch nach dänischem Rechte Grafen und Freiherrn seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts hinsichtlich der Testierfreiheit privilegiert waren, vgl. Hurtigkarl, Den danske og norske private Rets første Grunde II 1 S. 365 f. (Kbhvn. 1814), aber auch A. S. Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed 3, 192 ff. (Kbhvn. 1828).

[23]) Konst. v. 24. V. 1793 (Syst. Sammlung 2, 705 f.); vgl. dazu die Konstitutionen v. 14. X. 1643 (Preetz), 25. I. 1788 (Ütersen) und 4. II. 1791 (Itzehoe) ebendas. 701 ff.

[24]) Vgl. v. Stemann a. a. O. 2, 253 f. Über verwandte Erscheinungen in anderen Rechtsgebieten, zumal in der Schweiz, s. Stobbe, Handb. d. deutsch. Privatrechts 5, 201, Huber, Syst. u. Gesch. d. Schweizerischen Privatrechts 4, 611 f.

es wird das an sich ungültige Testament durch landesherrliche Konfirmation (Bestätigung) für gültig erklärt. Die facultas testandi war für den Privilegierten um deswillen vorteilhafter, weil sie sich nicht nur auf eine bestimmte Testamentserrichtung bezog und deshalb ohne weiteres auch die Ergänzung, Abänderung und Aufhebung des Testaments durch ein anderes ermöglichte.[25]) Sie ist aber viel seltener erteilt worden, als die Konfirmation, deren Gewährung bereits im Anfang des 18. Jahrhunderts unter gewissen Voraussetzungen allgemein in Aussicht gestellt wurde (s. unten S. 20).[26]) Die Einreichung des Testaments zur Konfirmation erfolgte naturgemäß der Regel nach durch den Testator selbst, der ja ein Interesse daran hatte, seine Verfügung gültig werden zu sehen. In Verordnungen vom 13. VI. 1729 und 3. VII. 1744 wird dieses Falles in der Art gedacht, daß er als allein in Betracht kommend erscheint. Indessen stand der Konfirmierung nach dem Tode des Testators rechtlich nichts im Wege, und sie muß bis zum Ausgange des 18. Jahrhunderts häufig geworden sein. Denn zu dem Erlaß des Plakats vom 15. IV. 1786 (s. oben S. 11) haben zumal auch die Nachteile Veranlassung gegeben, die bei Einholung der Konfirmation erst nach dem Tode des Disponenten aus der nun nicht mehr möglichen Ergänzung mangelhafter Solemnien den Beteiligten erwuchsen.

Für die Zähigkeit, mit welcher in Schleswig an der Unzulässigkeit der Testamentserrichtung und der durch sie bedingten Notwendigkeit der Konfirmation festgehalten wurde, ist ein Vorkommnis aus der ersten Hälfte des 18. Jahr-

[25]) Vgl. Nørregaard, Forelæsninger over den danske og norske private Ret II 1 S. 365.

[26]) Die Gebühren für Erteilung der facultas testandi waren erheblich höher als die für die Konfirmation zu erlegenden (vgl. Esmarch, Handb. d. Erbrechts im Herzogtume Schleswig[2] 140, 142); überdies wurden Unvermögenden die Konfirmationsgebühren gewöhnlich je nach Umständen ermäßigt oder erlassen (vgl. besonders das Kgl. Reskript v. 16. III. 1790 bei Esmarch, Sammlung der Statute, Verordnungen und Verfügungen, welche das bürgerliche Recht des Herzogtums Schleswig betreffen (Schleswig 1846) 2, 301 f.; s. auch P. D. Chr. Paulsen, Lehrb. d. Privat-Rechts d. Herzogtümer Schleswig u. Holstein[2] 362 Anm. 5.

hunderts besonders bezeichnend. Im Jahre 1663 hatte Herzog Christian Albrecht für den damals fürstlichen Teil Schleswigs die Testierfreiheit eingeführt. Es sei — so heißt es in der V. vom 3. XII. 1663[27]) — sowohl aus der Mitte des Adels als auch von bürgerlichen Standespersonen vielfältige Ansuchung geschehen, daß, „nachdem vermöge des eingeführten und bis anhero observierten Loh-Rechtens über bewegliche und unbewegliche Güter nach eigenem Gutdünken und Belieben zu disponieren und testamenta zu machen verboten“, die im ganzen heiligen Römischen Reich, auch teils benachbarten Königreichen und Provinzen als in den beschriebenen und natürlichen Rechten fundieret zugelassene, ja auch von undenklichen Jahren in Teilen des Herzogtums Schleswig eingeführte[28]) testamenti factio sämtlichen Eingesessenen desselben hinführo gestattet und zugelassen werden möchte. Demnach verordnet der Herzog „aus hoher landesfürstlicher Macht und Gewalt“, daß fortan allen Eingesessenen des Herzogtums Schleswig „sowohl auf dem Lande als in den Städten, was Condition oder Standes die auch seyn, freigegeben und zugelassen seyn soll, nach eines jeden freien Willen und Belieben Testamente nach Disposition und Anleitung der gemeinen beschriebenen Kaiserrechte zu machen“. Die Vorschriften der Statutarrechte, welche Befreiungen von den Formen des römischen Rechtes enthielten, sollten unberührt bleiben. In dem fürstlichen Anteil Schleswigs war somit das alte Recht beseitigt, während es im königlichen und im gemeinschaftlichen Anteil fortbestand.

Im Jahre 1684 zog Christian V. von Dänemark den fürstlichen Anteil ein, der 1721 von Friedrich IV. endgültig in Besitz genommen wurde. Unter dem 13. Juni 1729 erließ Friedrich IV. eine Verordnung,[29]) durch welche hinsichtlich der Testierfreiheit der frühere Rechtszustand im vormals fürstlichen Anteil und damit zugleich die Übereinstimmung des Rechts für ganz Schleswig wiederhergestellt wurde. Der König erklärt, er habe mißfällig vernommen, daß die fürst-

[27]) System. Sammlung 2, 669 f.

[28]) Dies bezieht sich auf die oben S. 14 erwähnten örtlichen Rechte.

[29]) System. Sammlung 2, 671 f.

liche Konstitution von 1663 so ausgelegt worden sei (!), „als ob dadurch die von der Landesherrschaft über ein gemachtes Testament zu erteilende Confirmation aufgehoben wäre oder nicht gesuchet werden dürfte“. Er verordnet, um „diesen entstandenen bisherigen Zweifel (!) aus dem Wege zu räumen“, „daß zwar den ermeldeten Eingesessenen der vormaligen Fürstl. Schleswigschen Ämter und Städte ohne Ansehung des Standes oder Condition Testamente, in specie auch testamenta reciproca inter coniuges .... Inhalts der obangezogenen Fürstl. Constitution de anno 1663 zu machen und zu errichten unbenommen bleibe, solche jedoch, wenn dieselben von einiger Kraft und Gültigkeit seyn sollen, gleichwie von den Eingesessenen in Unserm jederzeit gewesenen Anteil des Herzogtums Schleswig bishero geschehen und geschehen müssen, an Uns hinkünftig von den Testatoren . . zu Unserer allergnädigsten Confirmation eingesandt werden sollen.“ In der Form der Auslegung wurde so die völlig zweifelsfreie Verordnung von 1663 wieder aufgehoben. Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts verblieb es bei der grundsätzlichen Ablehnung der Testierfreiheit seitens des gemeinen Rechtes Schleswigs. Sachlich zutreffend beginnen die Motive zu dem Entwurfe der V. v. 1854[30]) mit dem Satze: „In den meisten Teilen des Herzogtums Schleswig steht es bisher den Einwohnern gesetzlich nicht zu, durch testamentarische Dispositionen rechtsgültig über ihr Eigentum nach ihrem Tode zu verfügen.“ [31])

Praktisch war allerdings der Rechtszustand zu dieser

---

[30]) Anhang zur Zeitung f. d. Verhandlungen der siebenten Provinzialständeversammlung f. d. Herzogtum Schleswig Sp. 341.

[31]) Esmarch, Handb. d. Erbrechts² 99 meint, die Testierfreiheit sei in Schleswig unter dem Vorbehalt der landesherrlichen Konfirmation allgemein anerkannt. Er fügt aber hinzu, diese sei lediglich als ein Akt der Gnade anzusehen, auf den kein Individuum einen rechtlichen Anspruch habe, den die Staatsregierung nach Gefallen gewähren und verweigern und an dessen Bewilligung sie beliebige Bedingungen knüpfen könne. Da nun, wie Esmarch selbst nicht bestreitet, erst durch die Konfirmation das Testament rechtsgültig wurde, so konnte doch von einer Testierfreiheit keine Rede sein.

Zeit längst ein anderer geworden. Da die Konfirmation unter bestimmten Voraussetzungen und gegen bestimmte Gebühren auf Grund allgemeiner Zusicherung erteilt wurde, hatte sie tatsächlich den Charakter einer Privilegierung verloren. Damit hatte sich auch die Bedeutung der herkömmlichen oder vorgeschriebenen Formen der Testamentserrichtung verändert. Ursprünglich sollte deren Beobachtung nur eine Gewähr für die Echtheit und Ernstlichkeit der letztwilligen Verfügung bieten und so die materielle Grundlage für die Konfirmation abgeben. Wenn aber diese nur für das in bestimmter Form errichtete Testament, für dieses jedoch ohne weiteres erwartet werden konnte, so erschien im Ergebnis die Beobachtung der Formvorschriften nicht mehr nur als eine Voraussetzung für die Erwirkung des Privilegs, sondern wesentlich als ein Erfordernis der diese Erwirkung gewährleistenden Testamentserrichtung. Eine ähnliche Entwickelung fand hinsichtlich der materiellrechtlichen Seite statt. Die Bestätigung wurde überhaupt unbedingt („pure") nur erteilt, wenn durch die angestellten Ermittelungen Rechte Dritter, welche durch die Verfügung beeinträchtigt werden konnten, nicht bekannt geworden waren; anderenfalls erfolgte die Bestätigung nur cum clausula.[32]) Überdies wurde aber die An-

[32]) Behufs Ermittelung der Verhältnisse der Testatoren und der die freie Verfügung einschränkenden oder ausschließenden Umstände (Vorhandensein von Pflichtteilsberechtigten, von Erbgütern oder Fideikommissen usw.) wurden bis zum Jahre 1744 die zur Bestätigung eingereichten Testamente den gesetzlichen Erben behördlich mitgeteilt! Natürlich waren diese „Communicationen . . . und daraus bei den Lebzeiten der Disponenten entstehende Streitschriften oder Processe diesen, welche solchergestalt bei ihrem Leben in Unruhe, Feindschaft und Widerwillen sich verwickelt sähen, gar beschwerlich und nachteilig." Auf Vorstellung des Gottorper Obergerichts wurden deshalb jene Mitteilungen durch Reskr. v. 3. VII. 1744 (Syst. Sammlung a. a. O. 672 f.) verboten, zumal sie wegen der Unerheblichkeit der Bestätigung für Rechte Dritter überflüssig seien. Doch sollten immerhin noch die Behörden „sich unter der Hand nach den Umständen der Disponenten und der Qualität ihrer Güter erkundigen und sodann pflichtmäßig referieren, ob die ihnen zugesandte testamentliche . . Disposition pure konfirmiert werden könne, oder welche Clausel allenfalls der Confirmation hinzuzufügen sey."

fechtung auch des pure bestätigten Testaments auf Grund später ermittelter Umstände gestattet, die, wenn zur Zeit der Konfirmation bekannt, die Aufnahme eines entsprechenden Vorbehalts zur Folge gehabt haben würden.[33]) Es ist daher begreiflich, daß die Konfirmation schließlich zu einer für die Behörde und für das Publikum lästigen Form geworden war, deren Beseitigung auch aus fiskalischen Gründen wegen der Geringfügigkeit der in Betracht kommenden Gebühren[34]) unbedenklich erfolgen konnte.

Die Voraussetzungen, unter denen die Erteilung der nachgesuchten Konfirmation zu erwarten sei, wurden zuerst durch eine V. vom 20. II. 1717 allgemein festgestellt.[35]) Hinsichtlich der Form des Testaments wurde hier gefordert, daß es „nach der ordinären Form eingerichtet“ und von zwei Zeugen mit unterschrieben sei. Vom eigenhändigen Testament ist hier also noch nicht die Rede. Dagegen ist in der V. vom 25. IX. 1759 (§ 3)[36]) seine Zulassung bereits in gleicher Weise ausgesprochen, wie in dem diese Vorschrift wiederholenden Plakat von 1786 (s. oben S. 11). Nach ihr „gebrauchet es bey Errichtung derjenigen auf den Todesfall gerichteten Willensverordnungen, welche von denen, die sie errichten, eigenhändig geschrieben, datiert und, wenn eine Frauensperson die Disponentin ist, zugleich mit ihrem Curatore unterschrieben, und zu Bewürkung Königl. Bestätigung an die Deutsche Kanzley eingesandt worden, weder der Gegenwart, noch der Unterschrift einiger Zeugen, oder irgend einiger anderen Personen“. Augenscheinlich ist nach der Auffassung des Gesetzes die Gewähr für Echtheit und Ernstlichkeit der Verfügung, welche bei dem vorher geregelten testamentum in scriptis und testamentum nuncupativum

---

[33]) Mot. z. Entw. d. V. v. 1854 a. a. O. Sp. 345. Vgl. aber hierzu den Bericht des Schleswigschen Obergerichts v. 29. IV. 1827 bei Esmarch, Handb. d. Erbrechts² 102 Anm. 3.

[34]) Mot. a. a. O. Sp. 347.

[35]) Vgl. Stemann, Gesch. d. öffentl. u. Privat-Rechts des Herzogtums Schleswig 2, 254 f., s. auch die dort angeführte V. für Bredstedt vom 13. XI. 1694.

[36]) Abgedruckt bei C. Callisen, Promptuarium iuridicum² (Glückstadt 1791) 197 f.

durch die Zuziehung von Zeugen und die Mitwirkung von obrigkeitlichen Personen usw. geboten wird, beim eigenhändigen Testament in der Erklärung des Testators selbst enthalten. Wenn dieser ein solches Testament zur Bestätigung selbst einreichte, konnte in der Tat die Feststellung, daß es von ihm herrühre und seinen Willen richtig wiedergebe, keine Schwierigkeiten machen. Wurde dagegen für ein eigenhändiges Testament erst nach dem Tode des Testators die Bestätigung nachgesucht, so konnte eine solche Feststellung nur zufällig möglich sein, und war die Nachholung fehlender Erfordernisse (der eigenhändigen Schrift, der Datierung, der Unterschrift) überhaupt ausgeschlossen. Für die nach dem Tode des Testators zu bewirkende Bestätigung bot demnach das eigenhändige Testament viel geringere Gewähr, als das schriftlich oder mündlich vor Zeugen und obrigkeitlichen Personen errichtete. Es wäre diesen wohl kaum gleichgestellt worden, wenn nicht ursprünglich allein und später noch regelmäßig die Erwirkung der Bestätigung durch den Testator selbst stattgefunden hätte. Als dann die Einreichung von Testamenten zur Bestätigung nach dem Tode des Testators zugelassen wurde, scheint das eigenhändige Testament auch dieser Vergünstigung teilhaftig geworden zu sein, weil man auf die Bedenken nicht aufmerksam wurde, die sich daraus für diese Testamentsform ergaben. Wenn aber schon die Bestätigung bei Lebzeiten des Testators im Laufe der Zeit ihre materielle Bedeutung eingebüßt hatte, so mußte vollends die nach dem Tode des Testators nachgesuchte Bestätigung eines eigenhändigen Testaments als eine bloße Form erscheinen. Nur in einer Beziehung blieb sie mehr als dies. Durch die Konfirmation wurden, wie erwähnt (oben S. 11), die etwaigen Formmängel der Testamentserrichtung geheilt. Die Frage, ob ein eigenhändiges Testament gehörig solennisiert sei, war daher vor der Bestätigung von der Verwaltungsbehörde aufzuwerfen, welche (gegebenenfalls auf Grund eingezogener gerichtlicher Äußerung) ihre Entscheidung traf. Sie war hierfür naturgemäß freier gestellt, als etwa heutzutage das Gericht für die nachträgliche Beurteilung der Gültigkeit des Testaments.

Daher konnten beispielsweise an die erst nach dem Tode der Testatoren zur Bestätigung eingereichten Testamente, hinsichtlich deren eine „Umfertigung“ nicht mehr möglich war, geringere Anforderungen gestellt werden, als an die von den Testatoren selbst eingereichten.[37]) War aber die Bestätigung einmal erteilt, so konnte darüber kein Rechtsstreit mehr entstehen, ob das Testament wegen Formmangels ungültig sei. Ein Dritter konnte seine durch das Testament verletzten Rechte regelmäßig ungeachtet der Konfirmation geltend machen. Nicht aber konnte er, nur seinen Vorteil, nicht sein Recht, verfolgend, ein unstreitig echtes und konfirmiertes Testament etwa deshalb anfechten, weil es nicht eigenhändig vom Testator datiert worden war.

Die V. vom 4. II. 1854 hat, wie erwähnt (oben S. 12), an die Nichtbeobachtung der von ihr vorgeschriebenen Testamentsformen die Nichtigkeit des Testaments als Folge geknüpft. Mit ihr stimmt in dieser Beziehung das BGB. ebenso überein, wie im allgemeinen hinsichtlich der Form des eigenhändigen Testaments selbst. Die eigenhändig vom Disponenten geschriebene, datierte und unterschriebene testamentarische Disposition, welche die V. von 1854 fordert, entspricht der von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen testamentarischen Erklärung, durch welche nach § 2231 BGB. ein Testament in ordentlicher Form errichtet werden kann. Im großen und ganzen wird es daher keinen Unterschied machen, ob der Richter ein eigenhändiges Testament nach den Vorschriften des geltenden Rechts oder auf Grund des Art. 214 Abs. 1 EG. BGB. nach denen der V. vom 4. II. 1854 auf seine Gültigkeit zu prüfen hat. Im einzelnen bestehen jedoch nicht unerhebliche Verschiedenheiten. Dem geltenden Rechte fremd ist zunächst die Vorschrift der V. von 1854, daß die von einer Frauensperson errichtete testamentarische Disposition zugleich mit der Unterschrift ihres Kurators versehen sein muß. Sodann ergeben sich Abweichungen hin-

[37]) Vgl. den obergerichtlichen Bericht und das auf Grund desselben erlassene Kanzleischreiben aus dem Jahre 1837 bei Esmarch, Handb. d. Erbrechts[2] 130 Anm. 1.

sichtlich der gemeinschaftlichen Testamente. Gesetzliche Vorschriften des schleswigschen Rechts bestanden für sie nicht. Sie wurden aber von der Praxis und zwar nicht nur in der Beschränkung auf Ehegatten zugelassen.[38]) Die Formvorschriften galten als gewahrt, sofern nur die Schrift jedes Testators an seiner Willensmeinung keinen Zweifel ließ.[39]) Demzufolge war ein in der erleichterten Form des § 2267 BGB. errichtetes, gemeinschaftliches Testament auch nach schleswigschem Rechte gültig. Nicht minder aber auch ein gemeinschaftliches Testament, welches einem eigentümlichen Brauche gemäß in der Art errichtet worden war, daß jeder Testator die einseitig von ihm zu treffenden Verfügungen eigenhändig geschrieben hatte, die von den Testatoren gemeinschaftlich ausgehenden aber von ihnen beiden und zwar abwechselnd Zeile um Zeile geschrieben worden waren.[40]) Überhaupt muß die freiere Auslegung der Formvorschriften, welche im Anschluß an deren geschichtliche Entwickelung gegenüber der V. von 1854 gestattet war, den unter der Herrschaft der letzteren errichteten Testamenten auch fernerhin zugute kommen. —

Die Geschichte des Testaments in Schleswig läßt, wie sich schon gelegentlich gezeigt hat, auch in neuerer Zeit enge Beziehungen zu der Geschichte des Testaments in Dänemark erkennen. Gerade für das eigenhändige Testament bietet die Vergleichung des dänischen Rechts besonderes Interesse.

Dem dänischen Gesetzbuche von 1683 ist das eigenhändige Testament unbekannt.[41]) Es ist aber sehr bemerkens-

---

[38]) Reskr. d. Appellationsgerichts Kiel v. 24. II. 1875 (Schlesw.-holst. Anz. 1875, 194).

[39]) Vgl. die in Anm. 38 angeführte Entscheidung, sowie für die Zeit vor der V. von 1854 den obergerichtlichen Bericht v. 11. X. 1838 bei Esmarch, Erbrecht² 130 f. Anm. 1.

[40]) Daß ein gemeinschaftliches Testament nach schleswigschem Rechte in dieser Form errichtet werden müsse, behauptet Esmarch, Erbrecht² 131 mit Unrecht. S. dagegen die oben Anm. 38 angeführte Entscheidung.

[41]) Zur älteren Geschichte des Testaments in Dänemark s. P. K. Ancher, Samlede juridiske Skrifter II 401 ff., Kolderup-Rosenvinge, Grundrids af den danske Retshistorie³ 215 ff., Chr. L. E. Stemann,

wert, daß nach Ausweis der Vorarbeiten seine Aufnahme geplant worden war. Bereits in Peder Lassens von der Gesetzeskommission revidiertem Erbrechtsentwurf von 1664 schließt sich an die Vorschrift, daß nur das schriftliche Testament für gültig zu erachten sei, die weitere (Cap. 17 Art. 9)[42]: „Zu einem vom Testator eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testamente braucht man kein anderes Zeugnis zu haben. Will der (Testator) auch sein Siegel zu seiner Unterschrift setzen oder die Unterschrift allein ohne Siegel, so stehe das jedem frei und werde gleich kräftig geachtet". In dem sog. ersten Projekt (1669—1672) IV 4, 12 ist diese Vorschrift allerdings bereits dahin geändert, daß das Testament mit Hand und Brief (oder Siegel) vom Testator und mit guter Männer Zeugnis bekräftigt oder auch mit zuverlässigen, am Tinge eidlich abgelegten Zeugnissen bewiesen werden soll.[43]) Es bemerkt aber Peder Lassen in der von ihm benutzten Handschrift zu dem Worte Zeugnis (vidnisbyrd): „add. wofern es nicht von dem, der das Testament macht, mit eigener Hand geschrieben und unterschrieben ist; denn dann ist eigene Hand der beste Zeuge (da er egen haand best Vidne), auch am geeignetsten, wenn etwas Heimliches darin gemeldet wird . . ."[44]) Dieser nicht in das Gesetz übergegangene Zusatz ist namentlich wegen seiner Begründung beachtenswert. Anscheinend unter Benutzung eines Rechtssprichworts wird hier von Lassen die Ansicht vertreten, daß das eigenhändige Testament von dem Willen des

Den danske Retshistorie indtil Christian V.'s Lov 422 ff., H. Matzen, Forelæsninger over den danske Retshistorie, Privatret 1, 119 ff. Wichtig des Quellenwerk von Kr. Erslev Testamenter fra Danmarks Middelalder indtil 1450 (København 1901).

[42]) Forarbejderne til Kong Kristian V's Danske Lov, udgivne ved V. A. Secher og Chr. Støchel 1 (København 1891—92) 230 f. Für Widerruf und Abänderung eines Testaments gelten dieselben Vorschriften nach Art. 11 a. a. O.

[43]) Secher und Støchel a. a. O. 2, 136 f.; vgl. auch letztes Projekt (1675) V 4,15 ebd. 375. Die Fassung des letzten Projekts ist im wesentlichen unverändert in D. L. V 4, 17 übergegangen.

[44]) S. auch die Fassung der beiden Handschriften R und N, über welche Secher und Støchel a. a. O. 1 369 f.

Testators das verläßlichste Zeugnis ablegt, eine Anschauung, die, wie gezeigt (oben S. 20 f.), auch in der schleswigschen Rechtsgeschichte ihre Rolle spielt. Sie erklärt sich am einfachsten aus dem Zusammenhange zwischen dem Testament und der Vergabung von Todes wegen, der in Dänemark noch bis in das 19. Jahrhundert hinein es zu einer scharfen Scheidung beider nicht hat kommen lassen.[45])

Danske Lov V 4, 17 forderte als ordentliche Testamentsform Schriftlichkeit mit Unterschrift und Siegel des Testators und Unterschrift von zuverlässigen Zeugen (got Folkis Underskrivelse). Das eigenhändige Testament konnte kraft allgemeinen Rechtssatzes nur von Ehegatten in den engen Grenzen von D. L. V 4, 20[46]) und kraft Standesrechts von Grafen und Baronen[47]) errichtet werden. Im übrigen konnte ein eigenhändiges Testament nur auf Grund besonderen Privilegs gültig sein, sei es von vornherein, wenn dem Testator vor der Errichtung facultas testandi erteilt worden war, oder nachträglich, wenn es die königliche Konfirmation erhalten hatte. In der Beurteilung des eigenhändigen Testaments hat sich aber im Laufe der Zeit eine Wandelung vollzogen, die in dem Plakat vom 8. Januar 1823[48]) zum Ausdruck gelangte. Regelmäßig wurde die Konfirmation durch die königliche

---

[45]) Vgl. A. S. Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed 4, 575 f. (Kjbhvn 1831), J. E. Larsen, Samlede Skrifter II 3 (Kjbnhvn 1859) 231.

[46]) Nach dieser Vorschrift kann der Ehemann, der keine Leibeserben hat, seiner Frau, die Ehefrau, die keine Leibeserben hat, ihrem Manne bis zur etwaigen Wiederverheiratung den Nießbrauch an dem ungeteilt bleibenden, gesamten Vermögen beider verbriefen (bebreve), ohne daß es hierfür einer besonderen Form der Urkunde bedürfte. Indessen haben die im Interesse der Erben des verstorbenen Teiles dem Überlebenden auferlegten Beschränkungen dazu geführt, daß für die wechselseitigen Testamente der Ehegatten meist königliche Konfirmation eingeholt wurde; vgl. darüber Kongslew a. a. O. (oben Anm. 12) II 237, 240, Nørregaard a. a. O. (oben Anm. 25) II 1, 362, Hurtigkarl a. a. O. (oben Anm. 22) II 1, 373.

[47]) Hurtigkarl a. a. O. II 1, 365 f. (Kiøbenhavn 1814), Nørregaard a. a. O. II 1, 359, 368 f.; s. auch oben Anm. 22 a. E.

[48]) Vgl. über dasselbe J. E. Larsen, Samlede Skrifter II 3 (Kjbnhvn 1859), 246 ff.

Kanzlei oder ihr untergeordnete Behörden bewirkt. Dagegen behielt sich der König die Konfirmation von Testamenten vor, für deren Echtheit kein anderer Beweis vorhanden war, sofern sie nur als vollständig von der eigenen Hand des Testators geschrieben gelten konnten (§ 4 Pl. v. 8. I. 1823). Der Grund für die Erschwerung der Bestätigung lag augenscheinlich darin, daß hier die Gewähr für die Echtheit des Testaments geringer zu sein schien. Durch V. vom 21. Mai 1845 wurde die Form der Testamente neu geregelt. Das ordentliche Testament soll danach schriftlich errichtet und vom Testator entweder unterschrieben oder[49]) vor einem öffentlichen Notar oder zwei zu diesem Zwecke zugezogenen Zeugen anerkannt werden (§ 24 V.). Hiernach ist nicht nur die Zurücksetzung des eigenhändigen Testaments in Wegfall gekommen, sondern auch das ordentliche Testament nicht einmal mehr dem Formenzwang der Eigenhändigkeit unterworfen. Denn der Testator braucht das Testament nicht selbst zu schreiben.[50]) Überdies hat auch die Formvorschrift nicht die Bedeutung, daß ihre Verletzung schlechthin die Ungültigkeit des Testaments nach sich zöge. Vielmehr kann, wenn die Echtheit des Testaments von den Beteiligten nicht bestritten wird, auf die Nichtbeobachtung der Form ein Einwand gegen dasselbe nicht gegründet werden.[51]) Nicht ohne ein gewisses

---

[49]) An diesem Punkte scheidet sich von dem dänischen Rechte das norwegische (G. v. 31. VII. 1854 §§ 50 f.). Es fordert außer der Schrift und ihrer Unterzeichnung durch den Testator die Zuziehung des Notars oder zweier Zeugen und bestimmt die Funktion der Zugezogenen verschieden, je nachdem der Testator das Testament eigenhändig geschrieben hat oder nicht; vgl. darüber Platou, Forelæsninger over norsk Arveret (Christiania 1899) 151 ff. Die Angabe bei Lehr, Éléments de droit civil scandinave (Paris 1901) nr. 815 ist daher für Norwegen unrichtig. Über das schwedische Recht, nach welchem das eigenhändige Testament gültig ist, wenn Zeugen bis zum Tode des Erblassers nicht zu beschaffen waren, s. K. Olivecrona, Testamentsrätten enligt svensk lagstiftning[2] (Upsala 1898) 219 f.

[50]) Deuntzer, Den danske Arveret[2] (København 1897) 74, Nordisk Retsencyklopædi 2, 107.

[51]) Deuntzer, Arveret 85. Platou a. a. O. 146 meint, es liege im Begriff der gesetzlich vorgeschriebenen Form, daß ihre Nichtbeobachtung

Gefühl des Neides blicken wir auf diese freiere Regelung. Sie erspart dem Richter für eine große Zahl von Fällen die formalistischen Untersuchungen, mit denen bei dem eigenhändigen Testamente sich abzumühen unsere Gerichte durch die Vorschrift des BGB. § 125 Satz 1 gezwungen sind. Und den Forderungen der Gerechtigkeit entspricht es doch gewiß nicht, wenn ein von allen Beteiligten als echt anerkanntes, eigenhändiges Testament nur deshalb der Nichtigkeit verfällt, weil der Testator sich im Datum geirrt[52]) oder sich zur Ortsbezeichnung des auf dem verwendeten Briefbogen befindlichen Vordrucks bedient oder das Testament nicht mit seinem Familiennamen unterzeichnet[53]) hat! Mit der Beseitigung der Konfirmation hatte die dänische V. von 1845 einen Schritt getan, der auch für die schleswigsche V. von 1854 vorbildlich wurde.[54]) Es wäre für die letztere Verordnung wie namentlich auch für unser BGB. wohl zu prüfen gewesen, ob nicht auch hinsichtlich der Folgen von Formmängeln die Regelung des dänischen Rechtes Nachahmung verdiente.

---

den Zusammenbruch des formwidrigen Rechtsgeschäfts zur Folge haben müsse. Indessen ist kein Grund vorhanden, warum das Gesetz die Folgen der Formwidrigkeit nicht auch abweichend sollte bestimmen können (vgl. z. B. Entw. I z. BGB. § 91 Abs. 2 Satz 1). Wie das dänische Recht beweist, ist auch die Nichtigkeit des formwidrigen Testaments nicht überall Rechtens (anders Platou a. a. O. 151, 186).

[52]) Vgl. namentlich RGZ. 51 Nr. 38 und Beschl. des KG. v. 12. XII. 1905 in OLG. 22, 375 ff.

[53]) Beschl. des KG. v. 9. XI. 1905 in OLG. 22, 381 ff.

[54]) Vgl. Mot. z. Entw. dieser V. a. a. O. Sp. 347.

III.

Die väterliche Aussage nach schleswig-holsteinischem Recht.

Von Landrichter Dr. Matthiessen in Kiel.

Die väterliche Aussage ist ein Rechtsinstitut, das in der hiesigen Provinz eine besondere Entwickelung und Ausgestaltung erfahren hat.

Das Recht besteht im wesentlichen darin, daß der Vater, anstatt das mütterliche Erbe mit den Kindern im Wege der ordentlichen Erbteilung zu teilen, den mütterlichen Erbteil der Kinder durch seine einseitige Erklärung festsetzen darf. Die Erklärung ist von den mütterlichen Verwandten der Kinder zu bestätigen und bei deren Widerspruch vom Vater zu beeidigen. Durch die Aussage bekennt sich der Vater in Höhe des ausgesetzten Erbteils als Schuldner der Kinder, die hierdurch vom mütterlichen Nachlaß abgefunden sind.

§ 1. Die Rechtsquellen.

Die Ursprünge des Instituts reichen weit zurück. Schon das alte Schleswiger Stadtrecht, das zwischen 1188 und 1202 entstanden ist,[1] bestimmt in caput 9: „Si vero pater alteram duxerit, ante nuptias vel in nuptiis separet a se filios cum illorum matrimonio, vel nominet sub testimonio sufficienti, quanta portio eis conveniat, et illa portio eis sit sub patris custodia, donec ipsi velint“.

In dem Ende des 14. Jahrhunderts in plattdeutscher Sprache neu redigierten Schleswiger Stadtrecht (vgl. Falck 1, 376) heißt es entsprechend: „Wann aver de Vader eyn ander Hußvrouven nympt: so scal he eer der Hochtyd von

[1] Vgl. Thorsen, Schleswigs Stadtrecht, Einleitung 32; Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts T. II Abt. IV; vgl. auch Falck, Handbuch des schleswig-holsteinischen Privatrechts 1, 375.

sick deelen, edder in der Hochtyd, de Kindern mit erer Moder Erwe, edder nömen dat ut myt nachafftiger Tüchnisse, wo veele one tohöret, und dat sy in des Vaders Bewaringe, so lange alse de Kinder willen." Es wird dann weiter bestimmt, daß, wenn der Vater dies versäume, alles Gut, einschließlich des Vermögens der zweiten Ehefrau, in zwei Hälften zerlegt werden solle, von denen eine den Kindern, die andere dem Vater und der Stiefmutter zukommen solle.

Schon hier im Schleswiger Stadtrecht werden also einander gegenübergestellt: die Teilung des mütterlichen Erbes zwischen Vater und Kindern einerseits und andererseits eine durch Zeugnisse zu bekräftigende Erklärung des Vaters, daß er ein gewisses Quantum als den Kindern gehörig für sie aussetze und in Verwahrung behalte.

Noch deutlicher zeigt sich der Unterschied in dem Flensburger Stadtrecht vom Jahre 1284, dem das Schleswigsche Stadtrecht zugrunde liegt.[2]) Dort heißt es — wir folgen dem plattdeutschen Text[3]) —: „Nympt de Vader eyn ander Wiff vor der Brutlacht edder yn der brutlachtes Dage, gave he uth den Kynderen ere moderlike Erwe edder do ok gude Witlicheit,[4]) wo vele eyn yslik Kynd scal hebben von synem moderlike Erwe, und beware dat so lange se dat hebben willen".

Übereinstimmend verordnet das Apenrader Stadtrecht von demselben Jahre (1284), konfirmiert im Jahre 1514: „Nimmt de Vader ein ander Wieff, vor den Brudlachs-Dagen edder ok in den Brudlachs-Dagen geve he den Kindern ere moderliche Erve edder gude Widschupheit (alias Witlicheit), wo vehl ein jegliches Kind schall hebben von siner moderlichen Erve, unde bewahre dat so lange, als se willen".

Des Schleswiger Stadtrechts bediente sich auch die Stadt Eckernförde, diese Stadt hat aber demnächst ein vermutlich in den Jahren 1632—1635 zunächst als Privatarbeit abgefaßtes Statut in der gerichtlichen Praxis zur Geltung ge-

[2]) Vgl. Falck 1, 377.

[3]) Cap. stat. Slesv. 2, 177; Falck a. a. O.

[4]) „gebe auch gute Wissenschaft d. h. thue gehörig kund".

bracht[5]), und dieses Rechtsbuch, das gerade als ein Zeugnis der Praxis von Interesse ist, bestimmt in dem „von Erbfällen und Erbschaften" handelnden Caput XII unter Art. 3: „Stirbt eine Frau, die Kinder können und mögen kein Erbe von dem Vater fordern, ohne 3 S. lübisch, ein Schild und ein Schwerdt, ist er ihnen zu geben schuldig, will er aber wieder freyen, so soll er vor der Hochzeit seine Kinder mit ihrer Mutter Theil von sich abtheilen oder ihnen in genüghafter Zeugen Gegenwart einen ordentlicheu Ausspruch thun; versäumet er dieses, so soll man die Güter in zwey Theile theilen, nämlich der Vater nimmt die Hälfte, und die andere Hälfte die Kinder. Also soll es auch mit der Stiefmutter gehalten werden".

Das jütsche Lov und andere schleswigsche Stadtrechte enthalten keine besonderen Vorschriften übei die väterliche Aussage. So verweist das Haderslebener Stadtrecht (aus dem Jahre 1292) bezüglich der Erbteilung nur auf das Jütsche Lov (Art. 10); das Husumer Stadtrecht (von 1608), das Tönninger Stadtrecht (von 1590), das Gardinger Stadtrecht (ebenfalls von 1590), desgleichen das Eiderstedter Landrecht (von 1591) und das Nordstrander Landrecht (von 1572) sprechen von der Erbteilung, ohne die väterliche Aussage zu erwähnen. — Immerhin schließt die Fassung dieser Stadtrechte nicht aus, daß die väterliche Aussage doch in praktischer Übung gewesen ist; denn diese Rechtsbücher sind keineswegs erschöpfend und sie bestimmen nirgends ausdrücklich, daß nur reale Aufteilung zulässig sei. — Durch landesherrliches Reskript vom 22. April 1667[6]) ist der Magistrat zu Tönning allerdings in einem Falle darauf hingewiesen worden, daß die Erbteilung stets entsprechend dem Stadtrecht durch Auskehrung der Hälfte des Vermögens an die Kinder, nicht durch anderweitige Abfindung zu geschehen habe. —

Eine besondere und abweichende Regelung bietet das Friedrichstädter Stadtrecht, seiner Entstehungszeit nach (1633) das jüngste der gesetzlichen Stadtrechte. Dieses ver-

[5]) Vgl. Falck 1, 382.

[6]) Corp. statut Slesw. 3, Abt. 2, 49.

ordnet in T. II Sectio III Tit. IV Ziff. 3 ausdrücklieh, daß der Vater ein eidliches Inventar lege und danach abteile. —

Aber auch in den schleswigschen Städten, deren ursprüngliches Stadtrecht über die väterliche Aussage nichts bestimmte, scheint dies Institut im Laufe der Zeit zur Anerkennung gelangt zu sein. So wurde für die Stadt Husum eine Vormünderordnung von Bürgermeister und Rat ausgearbeitet und unter dem 10. Juli 1643 vom Landesherrn bestätigt,[7]) in der unter Ziff. 5 bestimmt ist, daß der Vater nach dem Tode der Frau, sofern er ordentlich wirtschafte und im Witwerstande verbleibe, väterlicher Vormund seiner Kinder bleibe und mit ihnen in ungeteilten Gütern weitersitzen könne. Dann heißt es: „im Falle sich aber das contrarium in einem oder anderen befindet oder der Vater sich anderweit verheiraten würde, soll er schuldig seyn, seine Kinder wegen ihres mütterlichen Erbfalls nach Stadtrecht, alsofort, und auf den Fall der anderen Verheiratung noch vor der Hochzeit, abzuteilen oder ihnen ein gewisses, es sey viel oder wenig, nach der Güter und Kinder Gelegenheit auszusagen und nach Stadtrecht beschreiben zu lassen: und da er solche Aussprüche in Haus und Hof oder andere unbewegliche Güter verweisete, soll er selbige in specie dafür verhypothecieren; im Fall aber dasjenige, so die Kinder in richtiger Theilung, dazu gleichwohl Vormünder zu verordnen, bekommen, bewegliche Güter wären, und der Vater von oberwähnten Qualitäten selbige Güter in Händen behalten und verwalten wollte, soll er jährlich obgedachte Rechnung seiner Administration vor den Herren Inspektoren und den Theilungs-Vormündern zu thun — schuldig sein."

Allgemein ist dann das Recht der väterlichen Aussage für das Herzogtum Schleswig Gesetz geworden zunächst durch die Verordnung vom 20. Juni 1716, in der bestimmt ist, daß Eltern, welche sich wiederverheiraten, zuvor mit den Kindern „Richtigkeit" treffen müssen, und zwar sollen „die Wittmänner denselben rechtliche Aussage thun, die Wittfrauen aber ihnen die behufigen Vormünder ordentlich bestellen lassen und sodann richtige Abteilung halten."

---

[7]) Corp. statut. Slesvic. 2, 722 ff.

Dann folgt die Vormünderverordnung für das Herzogtum Schleswig vom 19. März 1742, die im § 3 ausspricht:[8]) „Resolviret der Vater zur andern Ehe zu schreiten, so soll derselbe, nach Anweisung oballegirter Verordnung,[9]) den Kindern zuvörderst rechtliche Aussage thun, und zu dem Ende bei der Obrigkeit des Orts, nebst zweien von seiner Kinder mütterlicher Anverwandten, sich einfinden, das denselben statt mütterlichen Erbes, nach Beschaffenheit seiner Güter, gewissenhaft zugelegte Quantum deklariren und sodann die ausgesetzte Summe sofort dem Schuld- und Pfandprotokolle auf seinen Namen inserieren lassen.“

Entsprechend verordnen die §§ 29 und 44 der Vormünder-Verordnung für die der höheren Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen, der Vater solle, wenn er zur andern Ehe schreiten wolle, „zuvörderst eine Akte, was und wie viel er seinen Kindern loco maternorum nach Beschaffenheit der Güter beigeleget und ausgesezet, gewissenhaft sub hypotheca bonorum ausstellen, selbige von zweien der Kinder mütterlichen Anverwandten zur Wissenschaft attestiren, sodann, insofern er Immobilia besitzet, darauf protocolliren lassen, bei Unsrem Obergericht zu Gottorp per memoriale in originali einbringen und, daß solches geschehen, ein gerichtliches Gezeugniß unter unserm Königlichen Insiegel gewärtigen“ (§ 29), bzw.: er solle, wie § 44 bestimmt, „eine Acte wegen des seinen Kindern zustehenden mütterlichen oder nachhero ihnen sonst angestorbenen Erbes sub hypotheca bonorum errichten, und auf selbige von zweien der mütterlichen Anverwandten mit attestiren lassen, daß ihres Wissens sothanes Erbe richtig angegeben sey“ usw.

Es interessieren dann noch einige weitere Verordnungen und Verfügungen, die sich im Anschluß an die Vormünderverordnung mit der väterlichen Aussage beschäftigen:

Zunächst ein Königliches Reskript an den Magistrat zu Friedrichstadt vom 11. Mai 1745.[10]) In diesem wird betont, daß nach der Vormünderverordnung nur der Vater „mit

---

[8]) Syst. Sammlung 2, Abt. I, 10 ff.

[9]) Dies ist die eben zitierte Verordnung vom 20. Juni 1716.

[10]) Corp. statut. Slesvic. 3 Abt. 1, 626).

einer bloßen Aussage abkommen solle", daß aber die Mutter „expresse angewiesen sei, mit deren Kindern ratione paternorum rechtliche Teilung zu halten, welches ohne Inventarium nicht geschehen könne". Dann wird zugelassen, daß in Ansehung der von den Vätern im Wiederverheiratungsfall mit den Kindern erster Ehe zu beschaffenden Abteilung es in Friedrichstadt bei den Bestimmungen des dortigen Stadtrechts auch in Zukunft sein Bewenden behalten dürfe; nur sei die erforderliche Sicherheit sofort, nicht binnen Jahresfrist, zu stellen. Dieses Zurücktretenlassen der Vormünderverordnung wird damit motiviert, daß dieselbe bestimmt sei, die im Laufe der Zeit in den Gesetzen und Statuten hervorgetretenen „Mängel in der Versicherung der Pupillengüter zu supplieren", nicht aber die einzelnen Statute selbst, obwohl dies zulässig gewesen sei, aufzuheben. Hierzu ist zu bemerken, daß auch schon in der Vormünderverordnung selbst ein gewisser Vorbehalt gemacht ist, indem § 27 es als die „Willensmeinung" bezeichnet, daß „es bei den an einigen Orten wegen der Vormundschaften gemachten spezialen Veranstaltungen, insofern selbige nicht durch obige unsere Verordnung verändert, erweitert, deklarieret oder restringieret werden, fernerhin gelassen werden könne".

Weiter kommt in Betracht eine Resolution vom 9. März 1754:[11]) in dieser wird als eine „ganz natürliche sich aus der Vormünderverordnung ergebende Folge" bezeichnet, daß „dasjenige, so in selbiger in Ansehung der väterlichen Abfindung mit den Kindern auf den Wiederverheiratungsfall verordnet ist, ebenermaßen auf den Fall, da die Väter, ohne sich zu verheiraten, sich mit ihren mündigen oder unverheirateten Kindern ratione maternorum abfinden, gezogen werden müsse". Dann behandelt die Resolution die Frage, wie es zu halten sei, „wenn die mütterlichen Anverwandten mit der Aussage, auch die mündigen und aus der Familie scheidenden Kinder mit der Abfindung des Vaters nicht friedlich" seien, und diese Frage wird dahin entschieden: „so hat auf solchen Fall das dortige Gericht seine Officia, doch

[11]) Syst. Sammlung 2 Abt. 1, 29.

ohne Prozeß, welcher zwischen Vätern und Kindern, zu der letzteren eigenem Besten, auf alle Weise zu vermeiden ist, zu interponieren und die Differentien in der Güte zu heben".

Ferner ein Reskript vom 20. Februar 1764,[12]) das die väterliche Aussage auch mündigen Kindern gegenüber für zulässig erklärt, jedoch sollen die mündigen Kinder die Akte der väterlichen Aussage für sich selbst unterschreiben und das ihnen Ausgesagte allemal nach vorgängiger halbjährlicher Kündigung zu fordern berechtigt sein.

Endlich ein Reskript an die Stapelholmer Landvogtey vom 30. Juni 1836,[13]) das bestimmt, daß bei der Aussage „in Ermangelung zweier mütterlicher Verwandten, worunter übrigens, falls keine Blutsverwandte der verstorbenen Frau vorhanden, auch derselben verschwägerte Mannspersonen zu verstehen, andere mit den Verhältnissen des Aussagenden und der verstorbenen Frau bekannte, zuverlässige Eingesessene zuzuziehen, eine förmliche Verpflichtung oder Bestellung der solchergestalt zu adhibierenden Zeugen aber nicht erforderlich sei".

Im übrigen ist es die gerichtliche Praxis gewesen, die das Institut weiter ausgebildet hat.

Auch in Holstein hat die väterliche Aussage Bedeutung erlangt, wenngleich nicht eine so allgemeine, wie in Schleswig.

Hier bestimmte schon das in den meisten holsteinischen Städten geltende lübsche Recht:[14]) „Stervet eneme manne — sin wif und nimt he ene andere, so schal he rekeninghe holden den vrinden siner kindern. — Sind ok de kindern vramde, dat se da nene maghe ne hebbet, da dat vorderen moghen, so boret it deme rade to, dat man en de rekeninghe holde".

Im Anschluß an diese Bestimmung hat sich im lübschen Recht der sog. „Ausspruch" entwickelt, d. h. die Abteilung erfolgte im Regelfall nicht durch reelle Teilung, sondern dadurch, daß der Vater vor den Verwandten seiner Kinder, und zwar regelmäßig auch vor dem Rate der Stadt, eine

[12]) Syst. Sammlung 2 Abt. 1, 30.

[13]) Bei Esmarch, Sammlung der Statute etc. 2, 76.

[14]) Cod. Hach 2, 191.

Erklärung abgab, wodurch er ein Forderungsrecht der Kinder gegen sich in bestimmter Höhe zum Zwecke der Abteilung begründete und diese Forderung durch Verpfändung oder Bürgschaft sicher stellte.[15]) Die Abschichtung erfolgte anfänglich vom Gesamtgut, später durchweg nur vom Gute des verstorbenen Ehegatten,[16]) und speziell in Holstein ist die erstere Art der Teilung, die sogen. Totalteilung, allmählich völlig außer Gebrauch gekommen.[17])

Auch in den Neumünster-Kirchspielgebräuchen und den Bordesholmer Amtsgebräuchen[18]) wird die Aussage erwähnt. Es heißt dort in einer Anmerkung zu Art. 11 der neuen Kirchspielgebräuche: „wil der Vater zur andern Ehe schreiten, muß er den Kindern erster Ehe ein gewisses (falls sie nicht ordentlich theilen) aussagen" und in den Bordesholmer Amtsgebräuchen Art. 11: „Wenn nun die Mutter verstirbt, pleibet ihnen den Kindern von Ihrentwegen ihr Mütterliches Erbtheil in den Gütern bevor, es wehre denn, daß den Kindern ein Genanntes ausgesaget und ihnen eines für alle gegeben werden sollte".

Der Sachsenspiegel und das Dithmarscher Landrecht enthalten keine besonderen Bestimmungen über die Aussage.

Demnächst ist die väterliche Aussage auch für Holstein durch Vormünder-Verordnungen eingeführt, freilich nicht überall in gleichem Umfange.

Für Holstein sind entsprechend der damaligen politischen Gestaltung des Landes[19]) drei verschiedene Vormünder-Verordnungen erlassen, die auch inhaltlich nicht übereinstimmen.

Für den der Landeshoheit der Herzöge von Holstein-Gottorf unterstehenden sogenannten Großfürstlichen Anteil, bestehend aus den Ämtern Kiel, Bordesholm, Neumünster, Kronshagen, Oldenburg, Cismar, Steinbeck, Trittau, Tremsbüttel, der Landschaft Norderditmarschen und den Städten

---

[15]) Vgl. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübschen Recht, T. 2, 191 ff.; Stein, Abhandlung des Lübschen Rechts 2, 312 ff.

[16]) Vgl. Pauli a. a. O. 205.

[17]) Vgl. SchlHolstAnz. 1778, Stück 8; 1810, 1576; 1876, 340 ff.

[18]) Vgl. die Ausgabe von Seestern-Pauly 61 u. 62.

[19]) Vgl. Falck 1, 64.

Kiel, Oldenburg und Neustadt (vgl. Falck a. a. O.), ist die Großfürstliche Vormünder-Verordnung vom 8. Dezember 1769[20]) erlassen.

Für den Königlichen Anteil Holsteins dagegen und die in denselben inkorporierten ehemals Schauenburgischen Gebietsteile (Herrschaft Pinneberg, Grafschaft Ranzau und Stadt Altona) ist die Vormünder-Verordnung vom 13. September 1743[21]) erlassen, die gemäß Königlichen Reskripts vom 19. Oktober 1767 (a a. O. 61) auch auf die vormals Fürstlich Plönschen Lande ausgedehnt ist.

Endlich gibt es noch die sogenannte Gemeinschaftliche Vormünder-Verordnung vom 28. September 1767, die sich auf die adeligen Güter und adeligen Klöster Holsteins erstreckt. Diese unterstanden nämlich der Königlichen und der Großfürstlichen Regierung gemeinschaftlich.[22])

Wir lassen hier die bezüglichen Bestimmungen dieser Vormünder-Verordnungen folgen:

Königliche Verordnung § 3:

„Resolviret der Vater zur anderen Ehe zu schreiten, so soll derselbe, nach Anweisung der 1717 den 12. August ergangenen Verordnung, mit den Kindern erster Ehe oder deren Vormündern, des mütterlichen oder beides mütter- und väterlichen Guts halber nach jeden Orts Rechten zuvörderst Richtigkeit treffen, und zu dem Ende nebst zweien von seiner Kinder mütterlichen Anverwandten sich bei der Obrigkeit des Orts einfinden, das denselben statt mütterlichen oder zugleich väterlichen Erbes, nach Beschaffenheit seiner Güter, gewissenhaft zugelegte Quantum declariren und sodann die ausgesagte Summe sofort dem Schuld- und Pfandprotokolle auf seinen Namen inseriren lassen." Entsprechend ist im § 30 für die der höheren Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen wörtlich dasselbe bestimmt, wie in dem oben mitgeteilten § 29 schlesw. Vormünder-Verordnung, und ebenso enthält auch diese Vormünder-Verordnung im § 28 einen dem

[20]) System. Sammlung 2, 76 ff. Abt. 1.

[21]) System. Sammlung 2, 45 ff., Abt. 1.

[22]) Vgl. Falck a. a. O.; sowie Falck, Staatsbürgerliches Magazin 10, 305 ff.

oben mitgeteilten § 27 schlesw. Vormünder-Verordnung entsprechenden Vorbehalt.

Etwas abweichend ist die Formulierung im § 3 Großfürstl. Vormünder-Verordnung: „Im Fall der Vater zur anderen Ehe schreiten will, so soll derselbe mit den Kindern erster Ehe oder denen denselben gerichtlich zu bestellenden Vormündern, des mütterlichen Guts halber, nach jeden Orts bisheriger Verfassung und beobachtetem modo, entweder mittelst einer unter Zuziehung zweier mütterlichen Anverwandten bei der Obrigkeit zu thuenden gewissenhaften Aussage, oder mittelst einer zu edierenden, vor der Obrigkeit im Beisein der Vormünder eidlich zu bestärkenden Specification, die behörige Richtigkeit treffen, und den darnach seinen Kindern beikommenden Anteil deren Vormündern aushändigen oder, wenn bei ihm hinlängliche Sicherheit, das vorgedachtermaßen ausgesagte oder in der Specification enthaltene Quantum zwar bei sich behalten mögen, jedoch solches sofort dem Schuld- und Pfandprotokoll auf seinen Namen inseriren lassen." Hier wird also dem Vater entweder Aussage oder eidliche Inventarlegung zur Pflicht gemacht, und zwar wird die Bestimmung ihrer ganzen Fassung nach dahin zu verstehen sein, daß dem Vater nicht allgemein das Recht der Wahl zwischen diesen beiden Arten der Teilung zustehen sollte, sondern daß die bisherige am Orte stattgehabte Übung auch fernerhin entscheidend darüber bleiben solle, ob Aussage oder Spezification zu erfordern sei.[23]) In dem § 20 V. ist dann für die der Universität und dem Militärstande angehörigen Personen angeordnet, daß sogleich nach dem Tode eines Elternteils der Überlebende ein eidliches Nachlaßinventar versiegelt einreichen solle und daß im Fall der Wiederverheiratung der den Kindern nach diesem nunmehr zu eröffnenden Verzeichnis zukommende Anteil ihnen auszukehren bzw. bei hinreichender Sicherheit dem überlebenden Ehegatten zu belassen sei; von der väterlichen Aussage ist hier nicht die Rede. Desgleichen wird den der höheren Gerichtsbarkeit unterstellten Personen im § 32 die Einreichung einer eidlichen Spezifikation zur Pflicht gemacht.

---

[23]) Vgl. Falck, Schleswig-holst. Privatrecht 5 § 88 Anm. 27.

In der gemeinschaftlichen Vormünder-Verordnung endlich ist ebenfalls dem Vater zur Pflicht gemacht, sogleich nach dem Tode seiner Ehefrau ein eidliches Nachlaßinventar zu legen, auf Grund dessen demnächst die Abteilung erfolgt (§§ 2, 4, 29).

Besondere Vorschriften sind dann noch für Süderdithmarschen einerseits, für die Kremper- und Wilstermarsch andererseits ergangen.

Für Süderdithmarschen wurde durch Reskript vom 11. Januar 1745 bestimmt, daß es bei der dortigen Gewohnheit, wonach auch der Vater nach dem Ableben der Mutter eine eidliche Spezifikation zu legen habe, verbleiben solle, und für die Kremper- und Wilstermarsch verordnete das Reglement vom 19. November 1753 im § 4,[24]) daß der überlebende Ehegatte, und zwar sowohl Vater als Mutter, ein Nachlaßinventar aufzustellen und zu beeidigen habe, und daß auf Grund dieses Inventars die ordentliche Erbteilung vorgenommen oder doch den Kindern ihre Erbteile ausgewiesen würden. Die Besonderheiten der väterlichen Aussage waren hiermit für diese Marschgebiete beseitigt.[25]) Somit ergibt sich für Holstein das Resultat:

In den Bezirken der adeligen Güter und Klöster sowie in Süderdithmarschen, in der Kremper- und Wilstermarsch gilt die väterliche Aussage nicht.[26]) In dem übrigen Holstein gilt sie, jedoch in dem ehemals großfürstlichen Anteil Holsteins nur insoweit, als dies der Übung am einzelnen Gerichtsort entspricht. In dieser Beziehung ist zu bemerken, daß die Motive zum Entwurf des Ausführungsgesetz zum BGB. S. 104 (bei Stegemann S. 68) hervorheben, daß die väterliche Aussage im größten Teile der Provinz, insbesondere auch im Gebiet des sächsischen und lübschen, sowie des schauenburgischen Rechts gelte.

---

[24]) Chronologische Sammlung der Verordnungen, Jahrg. 1753.

[25]) Vgl. von Fischer-Benzon, Land- und Marschrecht 155.

[26]) Vgl. auch SchlHolstAnz. 72, 377 ff.; siehe jedoch wegen der adeligen Herrschaft Breitenburg, in der ausnahmsweise die für den Königlichen Anteil einseitig erlassenen Verordnungen Geltung haben, SchlHolst Anz. 46, 248 und Abhandlungen aus den (älteren) SchlHolstAnz., herausgegeben von Falk, 4, 442 ff.

Neuere gesetzliche Bestimmungen sind über die väterliche Aussage bis zum Jahre 1900 weder in Schleswig noch in Holstein ergangen; die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 ließ dieses Rechtsinstitut unberührt.[27])

§ 2. Die Aussage als einseitige, von Verwandten zu bestätigende Erklärung.

Als wesentliche Besonderheit der Aussage, wie sie sich auf Grund der obigen Rechtsquellen in der Praxis weiter entwickelt hat, ist zunächst festzustellen: Die Teilung vollzieht sich nicht durch Vertrag, sondern durch einseitige Willenserklärung des Vaters.

Schon die älteren Stadtrechte haben offenbar eine einseitige Erklärung des Vaters im Sinn: „vel nominet sub testimonio sufficienti" (altes Schleswiger Stadtrecht), „nömen dat ut myt nachafftiger Tüchnisse" (neu redigiertes Schleswiger Stadtrecht), „edder do ok gude Witlicheit" (Flensburger, Apenrader Stadtrecht), „soll er ihnen in gnüghafter Zeugen Gegenwart einen ordentlichen Ausspruch thun" (Eckernförder Stadtrecht), „soll derselbe das gewissenhaft zugelegte Quantum deklariren" (Schleswigsche und Königlich-Holsteinische Vorm.-Verordn.). Alle diese Bestimmungen weisen auf eine einseitige Erklärung des Vaters deutlich hin.

Freilich sollen nun zwei mütterliche Anverwandte der Kinder — oder bei deren Nichtvorhandensein zwei sonstige zuverlässige Männer[28]) — hinzugezogen werden, aber diesen liegt keineswegs ob, die väterliche Aussage als eine Vertragsofferte des Vaters namens der Kinder anzunehmen.

Wäre dies erforderlich, wäre also die väterliche Aussage nur eine Vertragsofferte des Vaters, so würde dieselbe erst durch die Annahme seitens des Kindes rechtliche Wirkung für die Erbteilung erlangen. Dies ist aber unbestritten nicht der Fall. Vielmehr ist es anerkannten Rechtes, daß, wenn

---

[27]) Vgl. § 91 Abs. 1 u. 3 PrVormO.; SchlHolstAnz. 76, S. 63, 102 und 364 ff.; vgl. jedoch unten im § 2.

[28]) Vgl. das oben angeführte Reskript an die Stapelholmer Landvogtey vom 30. Juni 1836, das auch in der holsteinischen Praxis allgemein befolgt wird; SchlHolstAnz. 75, 195; Esmarch, Erbrecht 490.

die Anverwandten der Kinder mit der Aussage nicht zufrieden sind, sie nur verlangen können, daß der Vater dieselbe beeidige. Hat der Vater seine Aussage beeidigt, so bleibt sie trotz Widerspruchs der Kinder bzw. der hinzugezogenen Anverwandten maßgebend.[29])

Diese Befugnis des Vaters, seine Aussage durch den Eid gegen Widerspruch zur Geltung zu bringen, findet zwar in den gesetzlichen Bestimmungen über die väterliche Aussage, insbesondere in den Vormünderverordnungen, keine ausdrückliche Erwähnung, und auch die oben erwähnte Resolution vom 9. März 1754 beschränkt sich auf die recht allgemeine Bestimmung, daß das Gericht seine „Officia interponieren" solle, daß ein Prozeß auf alle Weise zu vermeiden und „die Differentien in der Güte zu heben" seien. Dennoch ist das Recht der Beeidigung der Aussage durch gewohnheitsrechtliche Übung zu allgemeiner Geltung gelangt, und zwar wird der Ursprung dieser Übung in beweisrechtlichen Grundsätzen des alten Rechts zu finden sein. Schon im Jütschem Lov wird an einigen Stellen vorgesehen, daß derjenige, der eine Erbschaft herausgeben soll, im Streitfall durch Eid seiner Geschlechtsgenossen die Höhe der Erbschaft zu beweisen habe.[30]) An Stelle des Eides der Geschlechtsgenossen trat dann der von der Partei selbst geleistete Eid.[31]) So bestimmen das Eiderstedtische Landrecht in T. II Art. 19 § 7 und das Husumer Stadtrecht in T. II Tit. 19 Art. 8, daß, wenn bei Abteilungen über Erbschaften die Erben vermeinten, daß nicht die ganze Erbschaft vollständig zur Teilung gebracht sei, derjenige, der das Erbe austeile, schuldig sein solle, „solche gehaltene Teilung mit seinem Eide zu bekräftigen". Von Interesse ist hier auch ein Rechtsspruch des Oberhofs zu Lübeck aus dem Jahre 1477,[32]) in dem ent-

---

[29]) Vgl. SchlHolstAnz. 64, 317ff.; 76, 347; 05, 213ff.; Esmarch, Erbrecht 492; Paulsen, Lehrbuch 277 zu Anm. 9; Scholtz, Vormünderwesen 78.

[30]) Vgl. Jütsches Lov, Buch I Kap. 13 § 5, Kap. 20 § 1; Stemann; Geschichte des öffentlichen und Privatrechts des Herzogtums Schleswig T. I, 108.

[31]) Vgl. hierzu Planck, Lehrbuch des Zivilprozesses 2, § 123.

[32]) Mitgeteilt bei Michelsen, Rechtssprüche des Oberhofs zu Lübeck Nr. 85.

schieden wird, daß beim Abteilungsstreit, wenn der Mann 20 Jahre verheiratet gewesen sei, folgendes zu gelten habe: „so mag he nun vorlage leggen unde sin recht dar to doen, dat he rechtuerdige erfschichtinge gedaen hebbe unde von derwegen nicht mehr plagende ziy".[33] Sollte nun, wie die Resolution vom 9. März 1754 unzweideutig betonte, ein Prozeß zwischen Vater und Kindern nicht eintreten — und dies hat die Praxis in dem strengen Sinne aufgefaßt, daß eine Klage auf Herausgabe des angeblich zu wenig Ausgesagten schlechthin versagt wird[34] — so war es begreiflich, daß die Praxis in wirklichen Streitfällen nach einem anderen Ausweg suchen mußte, und da ergab sich von selbst die Anwendung des seit alters als Bestärkungsmittel in der Gerichtspraxis angewandten Eides. Dies war der Weg, wie die Gerichte am besten — der Verordnung vom 9. März 1754 gemäß — ihre „officia interponieren" konnten, um ohne förmlichen Prozeß zu einer Hebung der Differenzen zu kommen[35], und die Praxis hat die Beeidigung der väterlichen Aussage auch in solchen Fällen zugelassen, wo erhebliche sachliche Bedenken gegen die materielle Richtigkeit des ausgesetzten Quantums bestanden (weil z. B. die Schätzung landwirtschaftlicher Ländereien dem richtigen Taxwerte nicht entspreche.[36])

Kann also hiernach der Vater durch Beeidigung seiner Aussage diese auch gegen den Willen der Kinder durchsetzen, so ergibt sich, daß die väterliche Aussage nicht nur eine Vertragsofferte ist, die der Annahme der Kinder bedarf, sondern daß sie — mindestens unter Zuhilfenahme der Beeidigung — als einseitige Willenserklärung wirkt.

Wie ist es aber, wenn die Verwandten der Kinder der Aussage ausdrücklich zustimmen? Wird dadurch die Aussage zum Erbteilungsvertrag?

Dies würde nur dann der Fall sein, wenn die Verwandten

---

[33]) Vgl. Revidiertes Lübecker Stadtrecht I, 5, Art. 4.

[34]) Vgl. Urt. des OLG. Kiel, SchlHolstAnz. 05, 213.

[35]) Vgl. auch die bei Esmarch, Erbrecht 487 unter Anm. 3 mitgeteilte obergerichtliche Resolution vom 25. Mai 1787.

[36]) Vgl. die Entsch. in Wöldikes JurW. für das Herzogtum Schleswig von 55, 134; 57, 41; SchlHolstAnz. 64, 317 ff.

als Vertreter der Kinder die Aussage namens derselben durch rechtsgeschäftliche Erklärung akzeptieren. Dies ist aber nicht die Auffassung der Rechtsquellen.

Gehen wir von dem Fall aus, daß die Kinder noch unmündig sind. Hier ergeben die Rechtsquellen deutlich, daß die Verwandten als Zeugen, d. h. nicht als Solennitätszeugen, sondern als Zeugen, die die materielle Richtigkeit der Aussage zu bestätigen hatten, hinzugezogen werden. Schleswiger Stadtrecht: „nominet sub testimonio sufficienti" „mit nachafftiger Tüchnisse". Eckernförder Stadtrecht: „in genüghafter Zeugen Gegenwart einen ordentlichen Ausspruch thun". Freilich sind sie nicht im Sinne unserer heutigen Prozeßordnung Zeugen, die über Tatsachen zu vernehmen sind, sondern sie sind Zeugen im Sinne des älteren deutschen Rechts, daß sie nämlich die Richtigkeit eines Urteils der Partei, daß die Aussage eine angemessene Abfindung enthalte, bestätigen.[37]) Auch die nach lübschem Recht beim Ausspruch zugezogenen Verwandten („Freunde") waren zwar im Interesse der Kinder tätig, aber ob sie als Vertreter der Kinder anzusehen waren, kann doch zweifelhaft erscheinen; denn sie waren in den Fällen, wo die Kinder ausnahmsweise Vormünder hatten, neben diesen Vormündern bei der Abteilung mittätig, wie sie auch den großjährigen Kindern zur Seite standen, und, hatten die Kinder keine Verwandte in der Stadt, so nahm der Rat der Stadt selbst die Interessen der Kinder wahr, nicht etwa bestellte er ihnen Vormünder oder Vertreter.[38])

Jedenfalls aber gehen die Vormünder-Verordnungen davon aus, daß die zugezogenen Verwandten die Aussage sachlich für richtig erklären und sie als Zeugen im Interesse der Kinder bestätigen, nicht aber namens derselben rechtsgeschäftlich akzeptieren. Dies ergibt sich deutlich aus den §§ 29 und 44 der Schlesw. und dem § 30 der Kgl. HolstVormV., in denen es von der Aussageakte heißt, daß der Vater diese „von zweien der Kinder mütterlichen Anverwandten zur

---

[37]) Vgl. Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2 Abt. 1 § 110.

[38]) Vgl. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Recht T. II, 192, 193

Wissenschaft attestiren" lassen solle (§§ 29 bzw. 30) bzw. daß er (§ 44:) „auf selbige von zweien der mütterlichen Anverwandten mit attestiren lasse, daß ihres Wissens sothanes Erbe richtig angegeben sei". Diese Bestimmungen lassen den sicheren Schluß zu, daß auch in den §§ 3 dieser VormV., in denen es nur heißt, daß der Vater sich bei der Obrigkeit des Orts „nebst zweien von seiner Kinder mütterlichen Anverwandten" einzufinden habe usw., diesen Anverwandten dieselben Obliegenheiten und Befugnisse beigelegt werden sollten, wie in den §§ 29 (30), 44; denn die rechtliche Natur der Aussage ist in allen Fällen, mochten nun die Väter der höheren oder der niederen Gerichtsbarkeit unterworfen sein, offenbar dieselbe, und die Vorschriften der §§ 29 (30) und 44 sind ersichtlich nur aus dem Grunde ausführlicher gehalten, weil hier der Aussagende die Aussageakte selbst anfertigte und daher näherer Vorschriften bedurfte, während im Falle des § 3 die Aufnahme der Verhandlung in der Hand der Obrigkeit lag.

Daß aber die zugezogenen Verwandten nicht Vertreter der Kinder im Rechtssinne nach Meinung der VormV. waren, läßt auch noch ein Passus der Kgl. Holst. VormV. erkennen. Es heißt dort im § 3, der Vater solle mit den Kindern erster Ehe oder deren Vormündern Richtigkeit treffen und zu dem Ende nebst zweien von seiner Kinder mütterlichen Anverwandten sich bei der Obrigkeit einfinden, das Quantum deklarieren usw. Also auch die Holst. VormV. sieht neben den Vormündern der Kinder die Hinzuziehung der Anverwandten vor, ebenfalls ein Hinweis, daß diese nicht als Vertreter der Kinder — das sind ja eben die Vormünder — fungieren.

Dieselbe Bestimmung enthält der § 3 Großf. VormV.

Der gesetzgeberische Gedanke ist offenbar der, daß die väterliche Aussage dadurch genügende Gewähr ihrer Richtigkeit erhält, daß zwei mütterliche Anverwandte der Kinder sie als sachlich angemessen bestätigen.

Dementsprechend wird denn auch in der Praxis[39]) bis

---

[39]) Dankenswerte Mitteilungen hierüber bzw. Einsicht in ältere Aussageakten haben mir gütigst gewährt die Herren Amtsgerichtsrat Bachmann

in die Gegenwart hinein die Erklärung der Anverwandten gefaßt. So heißt es in einem Protokoll der Satrup- und Mohrkirch-Hausvogtey vom 2. September 1854: „Die beiden miterschienenen Männer [scil: Brüder der verstorbenen Frau] erklärten, daß nach der Kunde, welche sie von den Vermögensumständen des Lorenz Andreas Schmidt [des aussagenden Vaters] hätten, sie sich davon überzeugt hielten, daß er seinem Kinde ein Mehreres auszusagen nicht im Stande sei". Oder ein Protokoll des Amtsgerichts Apenrade vom 27. Mai 1876, in dem die Erklärung des Anverwandten lautet: „Wir kennen den Aussagenden und seine Vermögensverhältnisse und sehen uns in der Lage, als gewissenhafte Männer im wohlverstandenen Interesse der Kinder die Erklärung abzugeben, daß wir vorstehende Aussage als eine außerordentlich reichliche Abfindung der Kinder für ihr Muttererbe betrachten". In gleichartigem Sinne — als Meinungsäußerung über die Angemessenheit der Aussage — wird die Erklärung der Anverwandten durchweg gefaßt. Der wesentliche Inhalt der Erklärung ist der geblieben, wie ihn § 44 schlesw. VormV. im Auge hat: „Daß ihres Wissens sothanes Erbe richtig angegeben sei". Also eine Wissens-, keine Willenserklärung, und dieser wesentliche Inhalt der Erklärung bleibt auch dann gewahrt, wenn die Erklärung gelegentlich dahin gefaßt wird: „Wir erkennen die Aussage als richtig und gewissenhaft beschafft an." Würden aber etwa die Verwandten, ohne sich über die Angemessenheit der Aussage zu erklären, lediglich eine Annahme der Aussage erklären, so würde dies den Grundsätzen der Aussage zuwider sein.

Auch das Obergericht zu Gottorf erklärt, die Verwandten würden nur zu dem Zwecke zugezogen, um sich in Ansehung der Zulänglichkeit der ausgesagten Summen zu äußern.[40])

Ebenso betont Esmarch[41]) mit Recht, daß die bei Unmündigkeit der Kinder zuzuziehenden mütterlichen Ver-

---

in Hadersleben, Amtsgerichtsrat Posselt in Schleswig und Amtsrichter Römer in Apenrade.

[40]) SchlHolstAnz. 41, 222.

[41]) Erbrecht 420.

wandten nicht als Vormünder der Kinder anzusehen und nicht als solche zu verpflichten seien,[42]) und die ältere Praxis hat daher auch weder die Verwandten noch die sonst etwa zugezogenen Personen, die in den Protokollen vielfach als als „Zeugen“ bezeichnet worden, als Vertreter der Kinder bestellt und verpflichtet. Dies entspricht durchaus dem oben mitgeteilten Reskript an die Stapelholmer Landvogtey vom 30. Juni 1836, in dem es heißt, daß „eine förmliche Verpflichtung oder Bestellung der solchergestalt zu adhibirenden Zeugen nicht erforderlich sey“.

Nun hat sich ein nach Inkrafttreten der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 erlassenes Reskript des Oberappellationsgerichts zu Kiel vom 25. Juli 1876,[43]) in dem allerdings in erster Linie die Frage behandelt und verneint wird, ob den Kindern Pfleger für die weitere Verwaltung des ihnen ausgesagten Vermögens zu bestellen seien, dahin ausgesprochen, daß bei dem Akte der väterlichen Aussage selbst eine Vertretung der Kinder erforderlich sei, und die Praxis geht seit dieser Zeit dahin, die hinzugezogenen Verwandten bzw. sonstigen Zeugen als Pfleger der Kinder zu bestellen und an Eides Statt zu verpflichten.

Diese Praxis mag zunächst das Gute haben, daß die Verwandten etc. durch den Akt der eidesstattlichen Verpflichtung besonders nachdrücklich auf ihre Verantwortung hingewiesen worden, aber zu betonen ist doch, daß die Einführung der preußischen Vormundschaftsordnung keineswegs zu dieser Änderung nötigte.

Wie bereits bemerkt und wie auch das Oberappellationsgericht (a. a. O.) anerkennt, ergibt § 95 PrVormO., daß das Recht der väterlichen Aussage an sich unberührt blieb, und auch § 86 VormO. machte nicht die Bestellung eines Pflegers bei der Aussageverhandlung nötig. Es heißt dort (§ 86), daß die in väterlicher Gewalt stehenden Personen einen Pfleger für Angelegenheiten erhalten, bei welchen die Aus-

[42]) Übereinstimmend Forchhammer, Die Lehre von der Vormundschaft in Holstein 46.

[43]) SchlHolstAnz. 76, 365.

übung der väterlichen Rechte erforderlich ist, aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht stattfinden kann. Wird aber die Aussage — wie die bisherige Praxis auf Grund der Rechtsquellen richtig annahm — bewirkt durch die einseitige vor Gericht abgegebene Erklärung des Vaters und die Bestätigung ihrer Richtigkeit durch die Zeugnisse zweier Anverwandten, so ist die väterliche Aussage hiermit beschafft, und eine Angelegenheit, die noch für die Kinder zu besorgen wäre und für die diese der Vertretung bedürften, kommt im Rahmen der Aussage nicht mehr in Frage. Die Anverwandten sind zwar im Interesse der Kinder tätig, aber nur dadurch, daß sie eine gewissenhafte und sorgfältige Bekundung machen. Zweifelhaft könnte nach der Fassung der Kgl. und Großf. VormVerordn. (§ 3) für Holstein nur sein, ob nicht neben den Verwandten bzw. Zeugen noch Pfleger für die Kinder behufs Entgegennahme der väterlichen Aussage zu bestellen wären, da diese Verordnungen, wie bereits erwähnt, von einer mit den Kindern oder deren Vormündern zu treffenden Richtigkeit sprechen. Indes ergeben weder die VormVerordn. in ihrem übrigen Inhalt, daß die väterliche Aussage gegenüber Vertretern der Kinder abgegeben werden müsse — sie ist vielmehr gegenüber „der Obrigkeit" abzugeben —, noch hat die Praxis dies angenommen. Zur Gültigkeit der Aussage ist hiernach nicht erforderlich, daß ihr ein Vertreter der Kinder — neben den Zeugen — beiwohnt, und im Regelfall wird auch im Interesse der Kinder die Bestellung nicht notwendig sein (vgl. jedoch unten bei §§ 3 und 8). Die neuere Praxis, die Anverwandten bzw. Zeugen als Pfleger der Kinder zu verpflichten, kann daher nicht für zutreffend gehalten werden, da sie, ohne daß sich die maßgebende Gesetzgebung geändert hätte — die alten Vormünderverordnungen gelten bezüglich der Aussage auch nach dem Jahre 1875 unzweifelhaft noch fort — den rechtlichen Charakter der Auskunftspersonen verändert und sie zu Vertretern der Kinder macht. Nach der hier vertretenen Ansicht muß von dieser Praxis wieder abgegangen werden, ein Gewohnheitsrecht kann nicht wohl durch diese Praxis allein, die auf

einer irrtümlichen Hereinziehung der preußischen Vormundschaftsordnung beruhen dürfte, gebildet sein.[44])

Man wende auch nicht ein, daß der rechtliche Charakter dieser hinzugezogenen Auskunftspersonen völlig unbestimmt sei, solange nicht durch ihre Bestellung zu Pflegern eine gewisse Grundlage geschaffen sei. Haben wir doch ein Analogon in der im Recht des BGB., speziell im Vormundschaftsrecht, vielfach vorgeschriebenen „Anhörung" der Verwandten (z. B. §§ 1847, 1673 Abs. 2), die auch im Interesse der Mündel etc. erfolgt, nur mit dem Unterschiede, daß bei der Aussage die Erklärung der Verwandten in bestätigendem Sinne erfolgen muß, um die Aussage wirksam zu machen. Das alte Recht geht davon aus, daß die mütterlichen Verwandten der Kinder bzw. die in deren Ermangelung zugezogenen Eingesessenen, deren Zuverlässigkeit und Sachkunde das Gericht sorgfältig zu prüfen hat, auch ohne besondere Verpflichtung und Vereidigung das Interesse der Kinder pflichtgemäß wahrnehmen werden. Übrigens sind nach der älteren Praxis vor 1875 die Verwandten bzw. Zeugen, wie ältere Protokolle ergeben, auch natürlich ernstlichst vom Richter auf ihre Pflicht, die Interessen der Kinder zu wahren und ihre Erklärungen gewissenhaft abzugeben, hingewiesen worden, und dies wird auch ferner zu geschehen haben.

Indes, auch wenn man der neueren Praxis folgt und die Verwandten etc. als Pfleger verpflichtet, so ergibt sich hiermit noch nicht — und damit kehren wir wieder auf den Ausgangspunkt unserer Betrachtung zurück — daß nun die Erklärung der Pfleger als rechtsgeschäftliche Annahme der Aussage zu gelten hätte, vielmehr wird auch in der neueren speziell schleswigschen Praxis durchweg — und dies entspricht, wie ausgeführt, allein dem Rechte der Aussage nach den Vormünder-Verordnungen – der bisherige Inhalt der Erklärung der Anverwandten, daß sie die Aussage nach ihrer Kenntnis der Verhältnisse für angemessen und ausreichend erklären müßten, beibehalten, und diese sachliche Bestätigung ist der wesentliche Inhalt der von den Ver-

---

[44]) RGZ. 2, 128; 3, 210; 12, 292.

wandten, mögen sie auch als Pfleger der Kinder bestellt sein, abzugebenden Erklärung.

Freilich besteht selbstverständlich kein Hindernis, daß der Vater mit dem Pfleger der Kinder einen gewöhnlichen Erbteilungsvertrag schließt. Die Vormünderverordnungen haben keineswegs die väterliche Aussage als die einzig zulässige Weise der Erbauseinandersetzung hinstellen wollen, vielmehr handelt es sich, wie die Verordnungen auch erkennen lassen, um eine dem Vater zustehende Rechtswohltat. Dies ergeben deutlich die übereinstimmenden §§ 7 Schlesw., Kgl. Holst. und Großf. VormVerordn., in denen es heißt, daß, wenn Witwer eine Wiederverheiratung erschlichen haben, ohne vorher mit den Kindern Richtigkeit zu treffen, sie von der Obrigkeit des Orts zur rechtlichen Teilung angehalten werden sollen, „ohne daß sie sich im geringsten des ihnen zugestandenen Vorzugs der Aussage mehr erfreuen können.“ Der Vater kann also unzweifelhaft, statt von der ihm zustehenden Aussage Gebrauch zu machen, einen gewöhnlichen Erbteilungsvertrag mit den Pflegern der Kinder schließen, und in diesem Falle ist die Erklärung der Pfleger natürlich als rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung zu fassen. Das ist dann aber auch keine väterliche Aussage mehr, vielmehr finden alsdann in jeder Beziehung, insbesondere auch bezüglich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, die Grundsätze über Erbteilungsverträge Anwendung.

Wird hiernach die Verhandlung in der Form aufgenommen, daß der Vater erklärt: „Ich setze meinen Kindern das und das als mütterlichen Erbteil aus“ und daß die Pfleger der Kinder, ohne sich über die Angemessenheit der Aussage sachlich zu äußern, erklären: „Wir nehmen namens der Kinder diese Erkläruug an“, so ist den Vorschriften der Vormünderverordnungen über die väterliche Aussage nicht genügt; denn es fehlt die sachliche — zeugnisartige — Bestätigung der Angemessenheit. Eine solche Verhandlung ist vielmehr ein gewöhnlicher Erbteilungsvertrag. Wohl aber kann eine väterliche Aussage vorliegen, wenn die als Pfleger bestellten Verwandten, wie sich dies in neueren Protokollen gelegentlich findet, zunächst erklären,

daß der Vater nach den ihnen bekannten Verhältnissen nicht mehr aussagen könne, und dann noch am Schluß eine ausdrückliche Annahmeerklärung hinzufügen. Hier sind die wesentlichen Bestandteile der Aussage, die Erklärung des Vaters und deren sachliche Bestätigung durch die Verwandten, die ihren Wert als Bestätigung nicht dadurch verliert, daß die Erklärenden als Pfleger der Kinder verpflichtet sind, vorhanden, und die ausdrückliche Annahme ist lediglich ein für den Rechtsbestand der Aussage an sich nicht wesentlicher Zusatz, da die Aussage mit der sachlichen Bestätigung der Verwandten wirksam erklärt war. Es würde z. B. unzulässig und unwirksam sein, wenn die als Pfleger bestellten Verwandten dem Gericht sachlich bestätigen müßten, sie hielten die Aussage zwar sachlich für angemessen, verweigerten aber die Annahme der Aussage aus irgendwelchen Gründen; denn die Verwandten haben kein Recht, sich zu entscheiden, ob sie die Aussage, auf die der Vater ein Recht hat, annehmen wollen oder nicht, sondern sie haben nur das Recht und die Pflicht, sich über die sachliche Angemessenheit der Aussage zu äußern. Darin besteht gerade der „Vorzug" der Aussage, daß der Vater von der Zustimmung der Kinder unabhängig ist und mit der als sachlich angemessen bestätigten oder beeidigten Aussage stets durchdringt. Daß der Vater das Recht hat, mit Vertretern seiner Kinder einen Vertrag zu schließen, ist kein Vorzug, sondern selbstverständlich.

Hier ist noch auf einen weiteren Unterschied aufmerksam zu machen: die Verwandten der Kinder bzw. Zeugen erscheinen freiwillig mit dem Vater zur Bestätigung der Aussage bzw. um die Eidesleistung des Vaters herbeizuführen. Zur Übernahme des Pflegeramts besteht dagegen eine öffentlichrechtliche Pflicht (vgl. PrVormO. §§ 20, 91; BGB. §§ 1785, 1915). Gelingt es dem Vater daher nicht, die Verwandten bzw. Zeugen freiwillig zum Erscheinen zu veranlassen, so muß er beim Vormundschaftsgericht Bestellung eines Pflegers für das Kind beantragen, um mit diesem einen Erbteilungsvertrag zu schließen oder eventuell im Wege der Erbteilungsklage die Auseinandersetzung herbeizuführen.

Im Einzelfall wird es, soweit die Fassung eines Protokolls zu Zweifeln Anlaß gibt, eine Frage der Auslegung sein, ob väterliche Aussage oder Erbvergleich gewollt war, eine Frage, die, wie unten auszuführen ist, besonders wegen der Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung von erheblicher praktischer Bedeutung sein kann. Im Zweifel wird, sofern nur die Erklärung des Pflegers zugleich als sachliche Bestätigung der Aussage ausgelegt werden kann, anzunehmen sein, daß der Vater sich der ihm zustehenden Aussage hat bedienen wollen.

Stellt sich hiernach die väterliche Aussage gegenüber unmündigen Kindern als eine einseitige, durch Zeugen und eventuell Eid zu bekräftigende Willenserklärung des Vaters dar, so ist zu prüfen, ob dasselbe auch bei Aussagen gegenüber mündigen Kindern der Fall ist.

Das oben angeführte Reskript vom 20. Februar 1764 bestätigt, daß „die väterliche Aussage ohne einigen Unterschied der Mündigkeit oder Unmündigkeit der Kinder Statt haben solle, doch daß die mündigen Kinder die Acte der väterlichen Aussage für sich selbst zu unterschreiben und das ihnen Ausgesagte allemal nach vorgängiger halbjährlicher Loskündigung zu fordern berechtigt seyn". Der rechtliche Charakter der Aussage als solcher wird hiernach an sich offenbar nicht davon berührt, ob die Kinder mündig oder unmündig sind; erwies sich also die Aussage den unmündigen Kindern gegenüber als eine einseitige Erklärung, so wird dies auch den mündigen Kindern gegenüber an sich der Fall sein, und es ist insbesondere nicht zweifelhaft, daß der Vater auch mündigen Kindern gegenüber das Recht hat, bei Widerspruch die Aussage zu beeidigen und dadurch wirksam zu machen.

Nur statt der Verwandten (Zeugen) sollen die mündigen Kinder selbst „unterschreiben". Dies setzt offenbar voraus, daß die großjährigen Kinder geschäftsfähig sind. Sind sie dies nicht, sind sie z. B. entmündigt oder geisteskrank, so werden sie im Sinne der Vormünder-Verordnungen für die Aussage den unmündigen Kindern gleichzustellen sein, es sind dann also die Verwandten als Zeugen hinzuzuziehen.

Dies letztere scheint übrigens ursprünglich auch gegenüber großjährigen geschäftsfähigen Kindern geschehen zu sein; jedenfalls berichtet dies Pauli[45]) in bezug auf das ältere lübsche Recht indem er hinzufügt: „der feine Takt der älteren Zeit“ habe dies angemessen gefunden.

Nachdem nun die Mitwirkung der Verwandten weggefallen und angeordnet ist, daß die großjährigen Kinder selbst mitwirken sollen, ist dem Vater die Möglichkeit genommen, mündigen Kindern gegenüber die Aussage dadurch durchzusetzen, daß er sie von Verwandten oder sonstigen Zeugen als angemessen bestätigen läßt.

Da aber die unmündigen Kinder selbst insoweit an die Stelle der Verwandten etc. treten sollen, so ergibt sich, daß die Aussage auch schon dadurch hinreichend beschafft ist, daß die mündigen Kinder erklären, das ihnen Ausgesagte sei angemessen. Es würde also auch hier die Aussage wirksam zustande gekommen sein, wenn die mündigen Kinder etwa erklärten: „Wir müssen zugeben, daß das ausgesetzte Quantum angemessen ist, wir wollen uns aber auf das Rechtsgeschäft nicht einlassen“. Wird diese Bestätigung der Angemessenheit von den mündigen Kindern in maßgeblicher Weise vor der Obrigkeit (vgl. unten § 6) erklärt, so bedarf es nicht noch einer rechtsgeschäftlichen Annahme der väterlichen Erklärung.

Andererseits wird die bloße Annahmeerklärung der mündigen Kinder hier als genügend anzusehen sein, um die väterliche Aussage wirksam zu machen. Denn, wenn die Verordnung vom 20. Februar 1764 die Unterschriften der Anverwandten durch diejenigen der mündigen Kinder ersetzen will, so erklärt sie eben damit, daß diesen das volle Selbstbestimmungsrecht gegenüber der väterlichen Aussage zustehen soll, und daß daher der besondere Schutz, der den Interessen der Kinder dadurch gewährt wird, daß dritte am Wohle der Kinder interessierte Personen die Aussage als sachlich zutreffend bestätigen müssen, entfallen soll.

Die Aussage wird hiernach mündigen Kindern gegen-

---

[45]) Abh. aus dem lübschen Recht, 2. Teil, 192 ff.

über dadurch wirksam, daß diese sie als sachlich angemessen anerkennen oder durch rechtsgeschäftliche Erklärung annehmen. Im letzteren Falle wird die Aussage sich allerdings in der Form des Vertrages vollziehen. Aber notwendig ist die Vertragsform, wie wir gesehen haben, auch bei mündigen Kindern nicht.

§ 3. Die Sicherheit.

Die Vormünderverordnungen gehen davon aus, daß der Vater „die ausgesetzte Summe sofort dem Schuld- und Pfandprotokolle auf seinen Namen inserieren lassen“ solle (§ 3 der Verordnungen).

Es erscheint auf den ersten Blick befremdend, daß diese Vorschrift nicht auf Eigentümer von Grundstücken beschränkt ist. Indes hängt dies mit der damaligen Einrichtung der Schuld- und Pfandprotokolle in unserer Provinz zusammen.

Dieselbe wich von derjenigen unserer heutigen Grundbücher wesentlich ab; denn die derzeitigen Schuld- und Pfandprotokolle beschränkten sich nicht auf Eintragung von Rechten an Grundstücken, sondern es konnten auch Nichtbesitzer von Grundstücken Eintragungen persönlicher Forderungen in den derzeit meist nach den Namen der Schuldner angelegten Folienbüchern bewirken lassen, und wurde dann das Vermögen der Schuldner generell verpfändet. So war es insbesondere in der Konstitution wegen der Schuld- und Pfandprotokolle in allen Ämtern, Städten und Landschaften des Herzogtums Schleswig vom 10. September 1734 bestimmt, die bei Erlaß der schleswigschen VormVerordn. vom 19. März 1742 maßgebend war.[46]) Diese Konstitution bezog sich indes nicht auf die unmittelbar unter der Jurisdiktion des Obergerichts zu Gottorp belegenen Immobilien (Güter etc.), für diese galt eine besondere Verordnung vom 12. Juni 1739,[47]) nach der Realfolien für jedes Gut etc. eingerichtet waren.

[46]) Vgl. Syst. Sammlung der Verordnungen 2, Abt. 241 ff.; Seestern-Pauly, Grundbuchrecht für Schleswig-Holstein T. II § 24, 240, 240.

[47]) Syst. Sammlung 2, 252 ff.

Hiermit hängt es offenbar zusammen, daß die schleswigsche VormVerordn. im § 29 bezüglich der dem Obergericht unmittelbar unterworfenen Personen bestimmt, daß der Vater die Akte sub hypotheca bonorum ausstellen, von den Anverwandten attestieren lassen und sodann, „insofern er Immobilien besitzt", auf diesen protokollieren lassen solle. Hier war Immobiliarbesitz zur Protokollation erforderlich, da das beim Obergericht geführte Schuld- und Pfandprotokoll eben nach Realfolien eingerichtet war.[48])

Die Holst. Kgl. VormVerordn., die nur etwa ein Jahr nach dem Erlaß der schleswigschen ergangen ist (13. September 1743), hat nun den § 3 der schleswigschen Verordnung wörtlich übernommen, obwohl für die Städte des damaligen „Herzogtums" Holstein, das allerdings nicht den ganzen Königlichen Anteil umfaßte, unter dem 20. September 1698 eine Konstitution ergangen war, die Realfolien für die Schuld- und Pfandprotokolle vorschrieb, also nur den Besitzern von Grundstücken, diesen allerdings auch für die Mitverpfändung beweglichen Guts (§ 4), Gelegenheit zu Eintragungen gewährte.[49]) Die in der Königlichen Verordnung für Holstein vorgeschriebene Protokollation ist daher nur für die Fälle als angeordnet anzusehen, wo der Vater Grundstückseigentümer war oder die maßgebliche Protokollationsordnung das Schuld- und Pfandprotokoll auch zur Aufnahme von Erklärungen seitens eines Nicht-Grundstückseigentümers bestimmt hatte.

Die später — im Jahre 1769 — erlassene Großf. VormVerordn. bestimmt denn auch, daß dem Vater das Ausgesagte nur dann zu belassen sei, wenn er hinlängliche Sicherheit biete; in diesem Falle solle sofort die Eintragung im Schuld- und Pfandprotokoll erfolgen; bei nicht hinreichender Sicherheit sei das Ausgesagte den Vormündern der Kinder auszuhändigen. Diese Verordnung geht also offenbar davon aus, daß die Sicherheit in erster Linie durch Verpfändung des Grundbesitzes und Eintragung in das Schuld- und Pfandprotokoll zu gewähren sein werde, sie schreibt aber nicht

---

[48]) Vgl. Seestern-Pauly a. a. O. 241, 249.

[49]) Vgl. Syst. Sammlung 2 Abt. 1, 297 ff.; Seestern-Pauly a. a. O. 238, 249.

allgemein diese Eintragung vor, sondern nur für den Fall, daß der Aussagende hinreichende Sicherheit bieten kann. Die Großfürstliche Protokollationsordnung für die Städte Kiel, Oldenburg und Neustadt vom 2. September 1768[50]) hatte Realfolien eingeführt, während andere Großfürstliche Protokollationsordnungen — in Schleswig-Holstein haben im ganzen 20 verschiedene Protokollationsordnungen gegolten! — Namenfolien vorgeschrieben hatten.[51])

Allgemein ist nun davon auszugehen, daß die Mitwirkung der Verwandten bzw. sonstigen Zeugen nur zur Prüfung der Frage erfolgt, ob das den Kindern ausgesagte Quantum angemessen erscheint, nicht aber haben diese Personen nach den alten Vormünder-Verordnungen bei der Sicherheitsleistung, der Protokollation, mitzuwirken.

Das Protokollierenlassen des Ausgesagten geschah vielmehr durch die einseitige Erklärung des Schuldners, eine Mitwirkung des Gläubigers bzw. des Gläubigervertreters war hierbei nicht erforderlich,[52]) es genügte zur Bewirkung der Protokollation, wie im neuen Recht, die Eintragungsbewilligung. Paulsen[53]) ist der Ansicht, daß die väterliche Aussage von Amts wegen zu protokollieren sei, doch dürfte dies dahin einzuschränken sein, daß die Obrigkeit — bei unmündigen Kindern die Vormundschaftsbehörde — darauf hinzuwirken haben wird, daß die Protokollation erfolge, und daß insbesondere das zur Wiederverheiratung erforderliche Attest der Obrigkeit erst auszustellen sein wird, nachdem die Protokollation erfolgt ist (§ 7 VormV.).

Daß eine Mitwirkung der Verwandten etc. bei der Sicherheitsleistung nicht stattfindet, ergibt wiederum die Fassung der alten VormV. deutlich; denn in dem mehrfach angeführten § 29 schlesw. V., welchem § 30 Kgl. holst. V. wörtlich entspricht, heißt es, der Vater solle die Akte „von zweien der Kinder mütterlichen Anverwandten zur Wissenschaft attestieren, sodann, insofern er Immobilien besitzet, darauf

[50]) Syst. Sammlung 2, Abt. 1, 317 ff.

[51]) Vgl. Seestern-Pauly 238 ff.

[52]) Vgl. Seestern-Pauly a. a. O. 258 ff.

[53]) Lehrbuch 127, § 78.

protokollieren lassen". Die Bewirkung der Protokollation wird hiernach als eine gesetzliche Pflicht des aussagenden Vaters hingestellt, über deren Erfüllung die Obrigkeit zu wachen hatte, während die Anverwandten nur zu „attestieren" hatten, daß das „Erbe richtig angegeben" sei (§ 44 VormO.; vgl. auch das oben zitierte Gottorper Obergerichtsurteil:[54]) die Verwandten werden nur zugezogen, um sich in Ansehung der Zulänglichkeit der ausgesagten Summe zu äußern; Reskript an die Stapelholmer Landvogtey vom 10. März 1836,[55]) wo es heißt, daß das Geschäft der mütterlichen Verwandten mit der Bestimmung des auszusagenden Quanti beendet sei).

Die Eintragung im Schuld- und Pfandprotokoll hatte aber nicht die Wirkung, ihrerseits ein Pfandrecht zu begründen. Vielmehr entstand das Pfandrecht außerhalb des Schuld- und Pfandprotokolls nach allgemeinen Grundsätzen durch Vertrag oder Gesetz, die Protokollation war lediglich ein Mittel, die Hypothek zu sichern und ihr einen Vorzug zu verleihen.[56])

Dennoch gehen die VormV. offenbar davon aus, daß durch die Protokollation eine hinreichende Sicherheit auch ohne Zustimmung der Kinder, die nirgends erwähnt wird, gewährt werde, und diese Auffassung trifft auch für den Rechtszustand, der zur Zeit des Erlasses der alten Vormundschaftsordnungen bestand, durchaus zu.

Denn die unmündigen Kinder hatten derzeit wegen ihres mütterlichen Erbes ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihres Vaters. Dieses römisch-rechtliche gesetzliche Pfandrecht[57]) hat nicht nur in Holstein, wo das römische Recht allgemein subsidiär gilt, sondern auch in Schleswig, wo es nur teilweise rezipiert ist, aber doch überall insoweit

---

[54]) SchlHolstAnz. 41, 222.

[55]) Bei Esmarch 490.

[56]) Vgl. Seestern-Pauly a. a. O. 70 Anm. 8, 258 ff., Posselt im Staatsbürgerlichen Magazin 1, 721 ff., Burchardi, ebendaselbst 7, 166 ff.

[57]) Vgl. Windscheid, Pandekten 1 § 232 Ziff. 4 zu Anm. 9; Dernburg, Pandekten 1 § 269B Ziff. 3.

zur Anwendung kommt, als es natürlicher Billigkeit entspricht,[58] Geltung erlangt.[59]

Auch in den Protokollations-Ordnungen wird dieses Pfandrechts der Kinder für das mütterliche Erbe mehrfach gedacht (z. B. § 6 der Konstitution vom 20. September 1698, System. Sammlung 301 ff.; § 9 Großf. V. vom 2. September 1768). Bestand hiernach ein gesetzliches Pfandrecht für den den Kindern zukommenden mütterlichen Erbteil schon ohnehin, so genügte in der Tat die Protokollation auf einseitige Bewilligung des Schuldners, die eben nur ein bereits bestehendes Pfandrecht verlautbarte und dadurch sicherte. Der Mitwirkung von Vertretern der Kinder zur Begründung des Pfandrechts bedurfte es nicht. Erfolgte aber die Aussage mündigen Kindern gegenüber, so war diesen das Pfandrecht schon erwachsen, soweit die Mutter noch während ihrer Unmündigkeit gestorben war; soweit es ihnen aber nicht zustand, wirkten sie ja bei der Aussage persönlich mit, und ihre Bestätigung bzw. Annahme der Aussage enthielt für den Regelfall auch die Einwilligung in die Pfandbestellung, die alsdann also durch Vertrag erfolgte.

Mit der Einführung der preußischen Grundbuchgesetzgebung in Schleswig-Holstein, die in Gemäßheit des Gesetzes vom 27. Mai 1873 erfolgte, verwandelte sich zwar das gesetzliche Pfandrecht an Grundstücken in einen bloßen Pfandrechtstitel (§ 35 des zitierten Gesetzes), andererseits aber bedurfte es zur Entstehung der Hypothek nicht, wie nach gemeinem Recht, eines Vertrags, sondern nach dem preußischen Eigentumserwerbsgesetz (§§ 18, 19) entstand die Hypothek durch die auf Grund einseitiger Bewilligung des Grundstückseigentümers erfolgende Eintragung im Grundbuch. Eine Mitwirkung des Gläubigers, insbesondere eine Annahmeerklärung desselben, war nicht erforderlich. Es genügte bis 1900 also auch für die bei der väterlichen Aussage vorgeschriebene Sicherheitsleistung durch Hypothekbestellung die einseitige Erklärung des Vaters.

---

[58]) Vgl. Falck, Handbuch 1, 132.

[59]) Vgl. Paulsen, Lehrbuch 118; Esmarch, Bürgerliches Recht in Schleswig § 70 Ziff. 8; Seestern-Pauly a. a. O. 170, 232.

Wenn nun der Vater nicht Grundstückseigentümer ist, und daher eine Eintragung im Grundbuch nicht erfolgen kann oder bei der schon vorhandenen Belastung des Grundstücks keine Sicherheit bietet, wird es Sache des Vormundschaftsgerichts sein, bei unmündigen Kindern für eine anderweitige tunlichste Sicherheit zu sorgen. Soweit diese Sicherheit nur auf vertragsmäßigem Wege beschafft werden kann — etwa durch Bürgen oder Faustpfandbestellung bzw. Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen — erweist sich nunmehr notwendig, den Kindern einen Pfleger behufs Schließung des die Sicherheit begründenden Vertrags zu bestellen (§ 86 PrVormO.). Es handelt sich hier aber nur um die Sicherung der Erfüllung der Aussage, nicht mehr um die Aussage selbst.

Kann der Vater eine Sicherheit nicht leisten, so fragt sich, ab alsdann auf Auskehrung des Ausgesagten bestanden werden muß oder ob von der Sicherheitsleistung abgesehen werden kann.

Wie wir sahen, schreiben die Schlesw. und die Kgl. Holst. VormV. Protokollation der Aussage allgemein vor, erklären sie also — als Verlautbarung eines generellen Pfandrechts, das dadurch zugleich einen Vorzug erhielt, — auch in den Fällen für genügend, wo der Vater Grundeigentum nicht besaß. Dies weist darauf hin, daß den Vormünder-Verordnungen, wenn nicht mehr zu erreichen war, eine Verlautbarung und formelle Sicherstellung des gesetzlichen Pfandrechts ausreichend erschien, und jedenfalls geben diese Vormünder-Verordnungen keinen Anhalt für die Annahme, daß mangels materieller Sicherheit stets bare Auskehrung des Ausgesagten schon vor der Mündigkeit der Kinder verlangt werden könne.

Erwägt man nun, daß nach neuem Rechte, nämlich nach § 61 Ziff. 5 KO., die Forderung der Kinder gegen den Vater auf Auskehrung des ihnen ausgesagten, gesetzlich der Verwaltung des Vaters bis zu ihrer Mündigkeit noch unterworfenen Vermögens ebenfalls im Konkurs ein Vorrecht genießt, so wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, daß, soweit der Vater zu einer Sicherheitsleistung außerstande

ist, es bei der Begründung des Forderungsrechts für die Kinder durch die Aussage sein Bewenden behalten muß. Ist die Frage der Sicherheitsleistung zweifelhaft, so wird es sich empfehlen, behufs Prüfung derselben den Kindern einen Pfleger zu bestellen, und es ist natürlich nicht ausgeschlossen, wird sogar durchweg ratsam sein, einen der zur Begutachtung der Angemessenheit des ausgesetzten Quantums bereits herangezogenen Verwandten den Kindern als Pfleger behufs Durchführung der Sicherheitsleistung bzw. Prüfung der Frage, ob der Vater zur Sicherheitsleistung außerstande sei, zu bestellen. Dies ist dann aber eine Obliegenheit des Verwandten, die mit seiner in den VormV. vorgesehenen Pflicht, sich zur Angemessenheit des ausgesagten Quantums zu äußern, nicht in direktem Zusammenhang mehr steht, sondern die ihm vom Gericht durch die Pflegerbestellung speziell übertragen ist.

Nach der Großf. VormV. (§ 31) dagegen muß auf Auskehrung des Ausgesagten an die Kinder, die zur Annahme des ihnen zu übergebenden Erbteils in diesem Fall der Pfleger bedürfen, bestanden werden, sofern der Vater keine hinlängliche Sicherheit bieten kann.[60]

§ 4. Die Bestimmung des auszusagenden Quantums.

Auch hier gewährt das Recht der Aussage dem Vater eine ungewöhnliche Freiheit.

Das Wesentliche ist zunächst, daß der Vater das vorhandene eheliche Vermögen, insbesondere den Nachlaß der Verstorbenen, nicht im einzelnen nachzuweisen braucht, sondern daß er nach seiner gewissenhaften Schätzung eine Summe festsetzt, die er als hinreichende Erbabfindung der Kinder bezeichnet.[61]

Es ist dies in der Tat, wie Esmarch, Erbrecht 435 mit Recht sagt: ein „exorbitantes“ Recht des Vaters, bei dem

---

[60]) Vgl. hierzu SchlHolstAnz. 71, 395.

[61]) Vgl. Esmarch, Erbrecht 485; Paulsen, Lehrbuch 277; Stemann, Güterrecht 147; Scholtz, Vormundschaftswesen 78; SchlHolstAnz. 64, 317 ff.; 72, 377 ff.; 76, 347; 05, 213 ff.

die Gefahr des Mißbrauchs außerordenlich nahe liegt, und es ist sicherlich ein Beweis für den rechtlichen Sinn der hiesigen Bevölkerung, wenn von maßgebender Seite bezeugt wird, daß sich dieses Rechtsinstitut in hohem Maße bewährt habe.[62])

Andererseits wird sich in der Praxis die Sache doch natürlich derart gestalten, daß die zugezogenen Verwandten etc., um sich darüber schlüssig zu werden, ob sie bezeugen können, daß die Aussage eine angemessene Erbabfindung der Kinder enthalte, eine gewisse Aufklärung über die Vermögens- und Nachlaßverhältnisse vom Vater verlangen werden und erwarten dürfen.

Der Gedanke, der dem Institut der väterlichen Aussage zugrunde liegt, ist aber der, daß der Vater einer Durchstöberung seiner Vermögensverhältnisse durch Dritte sich nicht auszusetzen braucht und daß es seiner gewissenhaften Bestimmung vertrauensvoll überlassen bleiben soll, die Erbteile der Kinder festzusetzen.

Freilich nicht in dem Sinne, als wenn reine Willkür des Vaters herrschen dürfte. Vielmehr ist immer als Grundregel festzuhalten, daß der Erbteil der Kinder an sich vom Vater in der Höhe festgesetzt werden soll, wie sich derselbe bei einer dem Gesetze gemäß erfolgten Erbteilung, insbesondere unter Berücksichtigung des maßgebenden ehelichen Güter- und Erbrechts stellen würde.[63]) Würde man diesen leitenden Grundsatz aufgeben, so fehlte es an jeder festen Basis. Jedoch hat die Praxis auch wiederum zugelassen, daß auf die ganzen Vermögensverhältnisse des Vaters, insbesondere darauf, daß er sich auf seiner Landstelle halten könne, sowie auf das Maß der ihm den Kindern gegenüber noch obliegenden Unterhaltspflicht Rücksicht genommen werde.[64])

---

[62]) Vgl. den Bericht des Appellationsgerichts in den SchlHolstAnz. 76, 347.

[63]) Vgl. § 44 Schlesw. VormO.: „daß sothanes Erbe richtig angegeben sei" und Esmarch, Handbuch des Erbrechts in Schleswig 496 ff.

[64]) Vgl. Scholtz, Vormünderwesen 78; SchlHolstAnz. 76, 347, wo das Appellationsgericht in seinem Bericht ganz allgemein davon ausgeht, daß „namentlich mit Rücksicht auf die dem Vater obliegende Alimentations-

Dies findet auch eine Rechtfertigung in dem Gesetz, vgl. die Worte: „das nach Beschaffenheit seiner Güter gewissenhaft zugelegte Quantum deklarieren“ (§ 3 der schlesw. u. Kgl. Holst. Verordnungen). Man wird hiernach sagen dürfen: der Betrag der Aussage muß den wirklichen Erbteil erreichen — insbesondere hat der Vater nicht etwa das Recht, die Erbteile der Kinder ungleich festzusetzen — sofern nicht die Vermögensverhältnisse des Vaters, insbesondere im Hinblick auf seine Alimentationspflicht, derartige sind, daß er durch die Beschwerung mit dem vollen Erbteil der Kinder in seinem wirtschaftlichen Fortkommen übermäßig beeinträchtigt werden würde. Denn, indem durch die väterliche Aussage alles in das gewissenhafte Ermessen des Vaters gestellt wird, darf auch berücksichtigt werden, daß unter Umständen das Wohl der Kinder eher gefährdet als behütet ist, wenn der Vater sich einer Schuldenlast unterziehen muß, der er wirtschaftlich auch bei ernstem Streben und Können nicht gewachsen ist, und die daher seinen — und als Folge hiervon auch seiner Kinder — Vermögensverfall herbeiführen kann. Speziell bei ländlichen Verhältnissen wird es im Interesse der Kinder durchweg wesentlicher sein, daß der väterliche Hof der Familie erhalten bleiben kann, als daß ihr Erbteil genau dem richtigen Betrage entspricht.

Nach diesen Grundsätzen wird der Vater die Aussage zu bestimmen haben, und auf die Innehaltung dieser Grundsätze ist auch die Prüfung durch die Verwandten und Zeugen zu richten. Das Gericht wird die Beteiligten hierüber zu belehren haben.

Es ist also zunächst das eheliche Güterrecht, in dem die Eltern gelebt haben, zu ermitteln, hierfür wird der erste eheliche Wohnsitz der Ehegatten festzustellen sein. Je nach dem Inhalt des Güterrechts wird entweder das eingebrachte Vermögen der Frau — nach Abzug der dem Vater hieran etwa zustehenden Quote — das an die Kinder zurückzugewähren sein würde, der Aussage zugrunde zu legen sein oder, sofern

---

verbindlichkeit der Betrag des Ausgesagten hinter dem wirklichen Erbteil zurückbleibt;“ vgl. auch Wöldikes JW. 55, 134.

infolge des Güterstandes ein Gesamtgut erwachsen ist, wird der der Frau hieran zustehende Anteil den Kindern auszusagen sein. Für diese Rückgewähr bzw. Auseinandersetzung ist hier auf die güterrechtlichen Vorschriften zu verweisen.[65]

Ist hiernach der den Kindern zukommende mütterliche Erbteil festgestellt, so wird der Vater mit besonderer Gewissenhaftigkeit zu prüfen haben, ob eine Herabsetzung dieses Erbteils auf Grund der oben angegebenen Erwägungen für ihn wirtschaftlich notwendig sei. Hierbei kommt es auf den gegenwärtigen Vermögenszustand an, wie denn ja auch bei Auseinandersetzungen über eheliches Gesamtgut — im Gegensatz zur Rückgewähr des Eingebrachten — das gegenwärtige, zur Zeit der Teilung bzw. Aussage vorhandene Vermögen zugrunde zu legen ist.[66]

Es bleibt hiernach doch dem väterlichen Ermessen und der väterlichen Gewissenhaftigkeit ein weiter Spielraum. Dies ist auch der Grund dafür, daß die Erklärung der hinzugezogenen Verwandten nicht auf eine reine Bezeugung von Tatsachen hinauskommt, sondern einen gutachtlichen Charakter trägt, sie sollen begutachten, ob der Vater unter Berücksichtigung aller dieser Umstände ihrer Meinung nach eine gewissenhafte und sachlich angemessene Aussage abgegeben hat. Die Rücksichtnahme auf den gegenwärtigen Vermögensstand des Vaters und die Möglichkeit seines wirtschaftlichen Fortkommens geht besonders aus der in der Praxis häufigen — oben bereits wiedergegebenen — Art der Formulierung der Verwandten-Erklärung hervor: „daß der Vater seinen Kindern mehr auszusagen nicht imstande sei".

Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch die Frage zu entscheiden, wie der von dem Vater im Streitfall auf die Aussage zu leistende Eid zu formulieren sei.

Esmarch[67] will den Eid dahin fassen, daß „nach dem

---

[65]) Vgl. Esmarch, Erbrecht 497 ff., wo für die Beschaffung der väterlichen Aussage nach dem Güterrecht des Jütschen Lov im einzelnen Anweisungen gegeben werden.

[66]) Vgl. Scholtz, Vormünderwesen 78; Wöldekes JW. für das Herzogtum Schleswig 2, 134; SchlHolstAnz. 46, 238; Esmarch, Erbrecht 502; Stobbe-Lehmann, Deutsches PrivR. 4, 296 zu Anm. 45.

[67]) Erbrecht 492.

gewissenhaften Erachten des Vaters das ausgesetzte Quantum eine angemessene Abfindung der Kinder wegen des mütterlichen Vermögens enthalte“. In einer Note zum Corp. statutorum Slesvicensium 2, 7 wird der Eid dahin formuliert: „daß das Mütterliche seiner Kinder nicht mehr als die ausgesagte Summe betrage“. Gegen diese Fassung, die er als zu eng ablehnt, protestiert Scholtz, Vormünderwesen 78, indem er den Eid normiert: „daß er (der Vater) seinen Kindern wegen des mütterlichen Vermögens nach Beschaffenheit seiner Güter in Übereinstimmung mit Pflicht und Gewissen nicht mehr aussagen könne“. In einem praktischen Fall vom Jahre 1883, wo es zur Beeidigung der Aussage durch den Vater kam, hat das Amtsgericht Schleswig nach der mir vorliegenden Akte den Eid in der von Esmarch gewählten Norm auferlegt und abgenommen.

In der Tat dürfte die Esmarchsche Formulierung — gesetzliche Vorschriften über die Eidesnorm sind ja nicht gegeben — den Vorzug verdienen. Doch wird als Regel aufzustellen sein, daß der Eid mit tunlichster Deutlichkeit den eigentlichen Streitpunkt hervortreten lasse. Sind die Verwandten bzw. Kinder der Ansicht, daß der Vater den mütterlichen Erbteil an sich z. B. das Eingebrachte zu gering angesetzt habe, so kann der im Corpus statutorum Slesvic. vermerkte Eid am Platze sein. Dreht sich aber der Streit darum, ob der Vater nach seinen gegenwärtigen Verhältnissen den vollen Erbteil, über dessen Höhe an sich kein Streit ist, aussagen müsse, oder ob er eine Reduktion eintreten lassen könne, so wird die von Scholtz gewählte Eidesnorm angebracht sein.

Das Gericht hat aber die Aussage inhaltlich nicht nachzuprüfen. Der Vater braucht dem Gericht seine Verhältnisse nicht näher darzulegen und die materielle Richtigkeit seiner Aussage nicht zu begründen. Die Fassung der Protokolle über die Aussage beschränkt sich daher durchweg auch auf die Erklärung des Vaters, daß er seinen Kindern so und so viel aussetze, ohne daß näher auseinandergesetzt wird, wie sich die Aussagesumme ergibt. Diese Befreiung von der Nachweisungspflicht und der Erbringung eines In-

ventars bildet wiederum gerade eine wesentliche Eigentümlichkeit der Aussage. Nur die bestätigenden Zeugnisse bzw. Gutachten der Verwandten muß der Vater, sofern es nicht zur Beeidigung der Aussage kommt, beibringen und zu deren Erlangung das Erforderliche tun. Hiermit steht die Frage in Zusammenhang, ob das Gericht unter allen Umständen den Eid abnehmen muß, wenn der Vater es verlangt, oder ob es die Eidesabnahme verweigern darf, wenn der dringende Verdacht besteht, daß der Vater einen Meineid leisten werde. Für die letzte Annahme ließe sich anführen, daß es an einer zwingenden gesetzlichen Vorschrift, daß der Vater zum Eide stets zugelassen werden müsse, fehle, daß der Eid nur das letzte Mittel sei, um zu einer praktischen Erledigung der Differenzen ohne Prozeß zu kommen, und daß daher das Gericht, dem durch die Resolution vom 9. März 1754 nur zur Pflicht gemacht sei, durch sachgemäßes amtliches Einschreiten tunlichst die Differenzen zu heben, nicht genötigt werden könne, dieses letzte Mittel auch dann anzuwenden, wenn ein Mißbrauch desselben sicher zu erwarten stehe. Indes wird diesen Erwägungen doch nur in ganz eklatanten Fällen, wo es offen auf der Hand liegt, daß der Vater seine Eidespflicht verletzen wird, Raum gegeben werden dürfen; denn das gewohnheitsrechtlich anerkannte Recht des Vaters, den Erbteil der Kinder nach seiner gewissenhaften Schätzung eventuell durch Eid festzustellen, würde illusorisch gemacht werden, wenn dem Gericht auch nur in gewissem Umfange das Recht der sachlichen Nachprüfung der Aussage und der Entscheidung darüber, ob der Vater zum Eide zuzulassen sei, zustände. Wie bereits bemerkt, hat die Praxis sich zur Abnahme des Eides auch da verstanden, wo erhebliche sachliche Bedenken gegen die Aussage geltend gemacht waren (vgl. oben S. 41), und nur in den SchlHolstAnz. 64, 317 ff. wird ausgeführt, daß in den Fällen, wo die Kinder Umstände nachweisen könnten, aus denen sich die „dringende Gefahr eines abzuleistenden Meineides" ergebe, ein weiteres offizielles Einschreiten des Gerichts, um die Eidesleistung des Vaters zu vermeiden, in Frage kommen könne. Daß das Gericht in solchen Fällen

durch geeignete Vorhalte und Vergleichsversuche alles tun wird, was in seinen Kräften steht, um die Eidesleistung zu verhüten, liegt auf der Hand. Soweit sich aber nicht schon aus den eigenen Erklärungen des Vaters eine Eidesweigerung konstruieren läßt (vgl. SeuffA. 46, 366; 47, 358), wird es dabei bleiben müssen, daß der Vater ein Recht auf die Beeidigung hat.

§ 5. Grenzen der Zulässigkeit der Aussage.

1. Sie steht nur dem Vater, nicht der Mutter zu. Dies sprechen sowohl die älteren Rechtsquellen als auch die Vormünderordnungen klar aus.

2. Sie steht dem Vater zu gegenüber seinen Kindern, bei Wegfall von Kindern auch gegenüber den Enkeln, nicht aber gegenüber seinen Stiefkindern (vgl. Esmarch, Erbrecht 486, 487 und die dort unter Anm. 4 mitgeteilte Entscheidung des Obergerichts Gottorp vom 11. Februar 1841).

3. Der Vater hat das Recht der Aussage in allen Fällen, wo eine Herausgabe des mütterlichen Guts an die Kinder einzutreten hat. Also:

a) wenn der Vater eine neue Ehe eingehen will. Dies ist der in den Rechtsquellen stets erwähnte Hauptfall;
b) wenn die Kinder nach erreichter Mündigkeit bzw. die Töchter auch nach ihrer erfolgten Verheiratung Teilung oder Herausgabe des Mutterguts verlangen;[68]
c) wenn der Vater seinerseits — abgesehen vom Falle zu a — die Teilung vornehmen will, wozu er jederzeit berechtigt ist (vgl. Paulsen a. a. O.). Daß er auch dann das Recht der väterlichen Aussage hat, ist in der Resolution vom 9. März 1754 ausdrücklich betont.

Ein Recht der Kinder auf Teilung bei schlechter Wirtschaftsführung des Vaters ist nach schleswig-holsteinischem Recht (vor 1900) nicht anerkannt, es besteht nur der Mutter

---

[68]) Vgl. § 1 VormVerordn.; Esmarch, Erbrecht 489; Paulsen, Lehrbuch 243; Mot. z. Entw. Pr.AGBGB., zu No. 34 der Drucks. d. Abg.H. I. Sess. 1899, 104, 120.

gegenüber;[69]) auf das Recht nach 1900 in dieser Beziehung wird unten S. 90 einzugehen sein.

4. Hat der Vater das Recht der Aussage nach den Vormünderordnungen auch bezüglich des Sonderguts seiner Ehefrau, sowie auch dann, wenn er nicht mit ihr in Güter- oder doch Verwaltungsgemeinschaft gelebt, sondern Gütertrennung vereinbart hatte? Dieser Punkt ist prinzipieller Natur; denn er ist entscheidend für die rechtliche Natur der Aussage, wie sie sich nach den Vormünder-Verordnungen gestaltet hat.

Die Frage ist bestritten.

Esmarch (Erbrecht 498 ff.) führt aus, daß nach dem Güterrecht des jütschen Lovs das mütterliche Land, bezüglich dessen dem Vater freilich auch ein Erbteil gebühre, den Kindern in natura zukomme und daß der Vater daher nicht berechtigt sei, das Land gegen eine von ihm durch Aussage bestimmte Abfindung zu Eigentum zu übernehmen, vielmehr solle die Aussage nur eine Auseinandersetzung zwischen Vater und Kindern bezüglich ihrer Rechte am mütterlichen Vermögen bewirken, nicht aber könne sie dazu dienen, den Kindern ihre Erbrechte an dem mütterlichen Sondergut zu entziehen. Freilich erwüchsen Schwierigkeiten daraus, daß der dem Vater an den Ländereien der Mutter zustehende Anteil durchweg nicht in natura festgelegt werden könne. Für den Fall, daß durch Ehevertrag Gütertrennung vereinbart sei, hält Esmarch (503) die Aussage nicht für zulässig, da bei der Aussage eine Gemeinschaft zwischen Vater und Kindern vorausgesetzt zu sein scheine; freilich sei die Frage zweifelhaft, da die Vormünder-Verordnung allgemein von „mütterlichem Erbe“ spreche.

Stemann[70]) führt dagegen aus, daß schon durch das Miterbenrecht des Vaters eine Art Gemeinschaft hinsichtlich des Sonderguts der Frau eintrete, daß überdies die Vormünder-Verordnung ganz allgemein von dem mütterlichen

[69]) Vgl. § 4 in Verbindung mit § 1 VormVerordn.; Falck, Schlesw.-Holst. Privatrecht 5, 13, 25; Esmarch, Erbrecht 488, 489 in Verbindung mit 509; Mot. z. Entw. des BGB., Bd. 4, zu § 1405 (bei Guttentag 4, 472).

[70]) Güterrecht der Ehegatten nach jütschem Lov 125, 147 ff.

Erbe spreche und das Recht der Aussage nirgends von dem Bestehen einer Gemeinschaft abhängig mache. Insbesondere ergebe der § 2 VormO., der dem mütterlichen Erbe das den Kindern von den mütterlichen Anverwandten Angeerbte gegenüberstelle, daß unter mütterlichem Erbe jedes mütterliche Vermögen verstanden werden müsse.

In den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen von 1856 (12) hat das Obergericht zu Gottorp bezüglich des Sonderguts den Stemannschen Standpunkt eingenommen und entschieden, daß der Vater auch die Immobilien der Frau behalten und den Kindern nur den ihnen erbrechtlich zukommenden Anteil an dem Werte des Nachlasses auszukehren habe.

Was zunächst das Sondergut der Frau — nach der neueren Rechtssprache das „eingebrachte Gut“ bei der nach jütschem Lov geltenden Fahrnisgemeinschaft,[71]) insbesondere also die eingebrachten Grundstücke der Frau, — betrifft, so wird der Stemannschen Ansicht unbedenklich beizutreten sein.

Daß die väterliche Aussage nicht auf gütergemeinschaftliche Verhältnisse im engeren Sinne d. h. auf das Gesamtgut beschränkt ist, ergibt sich schon aus der ganz allgemeinen Regelung in den Vormünder-Verordnungen, die keineswegs mit Rücksicht auf ein bestimmtes eheliches Güterrecht erlassen sind und sich auch auf weite Rechtsgebiete erstrecken, in denen überhaupt keine Gütergemeinschaft, sondern Verwaltungsgemeinschaft (z. B. nach sächsischem und lübschem Recht in Holstein) galt. Daß die Königl. Holsteinische Vormünder-Verordnung, die mit der Schleswigschen in den hier wesentlichen Punkten völlig übereinstimmt, die väterliche Aussage auch dem nach Sachsenrecht lebenden Ehemann bezüglich des Eingebrachten seiner Ehefrau gewährt, ist nicht zweifelhaft, und es ist daher nicht abzusehen, aus welchem Grunde der nach jütschem Lov lebende Vater bezüglich der eingebrachten Grundstücke seiner Frau, an denen ihm überdies ein Kindesteil zusteht (vgl. Esmarch 498), das Recht der väterlichen Aussage nicht haben sollte; in beiden Fällen ist das eingebrachte Gut Vermögen der Frau geblieben, nicht Gesamtgut beider Ehegatten geworden.

---

[71]) Vgl. Mot. z. PrAG. 134.

Freilich scheinen die Vormünder-Verordnungen für den Regelfall das Bestehen eines gewissen Gemeinschaftsverhältnisses zwischen Vater und Kindern vorauszusetzen.

So ist schon im § 1 der schleswigschen VormV. von den „durch Heiraten aus der Gemeinschaft geschiedenen Töchtern" die Rede, im § 2 heißt es: „Sollte aber den Minderjährigen, in währender Zeit sie mit ihrem Vater in Gemeinschaft stehen, eine Erbschaft von den mütterlichen Verwandten ansterben, so hat zwar derselbe sich sothaner Güter als natürlicher Vormund sorgfältig anzunehmen, keineswegs aber solche in die Gemeinschaft zu bringen, sondern zu belegen ...., die Revenüen aber während der Gemeinschaft zu genießen". Der § 6 ordnet bezüglich der Witwe an, sie solle, wenn sie zur anderen Ehe schreite, zuvörderst mit den Kindern „rechtliche Teilung" halten. Dann insbesondere der § 7: wenn Witwer und Witwe, ohne zuvor mit den Kindern Richtigkeit zu treffen, eine neue Ehe eingehen, so sollen sie „sowohl Witwen als Witwer, ohne daß letztere sich im geringsten des ihnen zugestandenen Vorzugs der Aussage mehr erfreuen können, durch die Obrigkeit des Orts zur rechtlichen Teilung angehalten werden". Dieser Passus weist darauf hin, daß die väterliche Aussage als eine besondere Art der Auseinandersetzung gedacht ist, da das Gesetz davon auszugehen scheint, daß in dem Anwendungsgebiet der Aussage auch stets eine rechtliche Teilung möglich sei, die ja an sich das Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses voraussetzt.

Tatsächlich bildet es denn auch nach schleswig-holsteinischen Güterrechten durchaus die Regel, daß dem Manne eine statutarische Portion auch an demjenigen Vermögen seiner Ehefrau zusteht, das während der Ehe Eigentum der Frau bleibt und nur der Verwaltung des Mannes unterliegt.[72]) Ob diese statutarische Portion ein wahres Miterbenrecht des Mannes ist oder nicht,[73]) kann hier dahingestellt bleiben, und

---

[72]) Vgl. den Bericht des Appellationsgerichts in dem SchlHolstAnz. 76, 341 ff.; Mot. z. PrAGBGB. 103, 104, 127, 135.

[73]) Vgl. hierüber SchlHolstAnz. 77, 161; 00, 99 u. 130.

die Verfasser der alten Vormünder-Verordnungen werden den hierüber später entstandenen rechtlichen Zweifeln keinen Raum gegeben haben.

Indes, wenn z. B. nach dem für die Stadt Altona geltenden Recht der Witwer wählen kann, ob er das gesamte Gut beider Ehegatten teilen und die Hälfte desselben an die Kinder herausgeben oder ob er statt dessen den Kindern nur das eingebrachte Gut der Frau, an dem ihm dann keine Erbrechte zustehen, ausliefern will,[74]) so wird es nicht im Sinne der ausdrücklich für die Stadt Altona miterlassenen Kgl. Holst. VormVerordn. sein, wenn dem Witwer, der das Wahlrecht dahin ausgeübt hat, daß er das Eingebrachte zurückgeben will, das im § 3 ganz allgemein hinsichtlich des „mütterlichen Erbes“ zugebilligte Recht der väterlichen Aussage versagt würde.

Liegt doch bei dem eingebrachten Gut der Frau, auch wenn dem Manne hieran keine wahren Erbrechte zustehen, eine Gemeinschaft insofern vor, als eben der Mann das Gut der Frau einheitlich mit dem seinigen während der Ehe verwaltet hat und dieses Verhältnis auch nach dem Tode der Frau während des sog. „Sitzenbleibens in ungeteilten Gütern“ fortdauert,[75]) und man kann von einer Teilung insofern sprechen, als jetzt die Scheidung des bisher einheitlich verwalteten Vermögens einzutreten hat.

Erwägt man nun weiter, daß § 1 der VormVerordn. dem Vater allgemein ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Güterrecht das Recht gibt, als „natürlicher Vormund“ der Kinder deren „mütterliches Erbe“ in Besitz und Verwaltung zu halten, bis die großjährigen Kinder bzw. die verheirateten Töchter Teilung fordern, während ihm im § 2 zur Pflicht gemacht wird, Erbschaften von mütterlichen Verwandten nicht in die Gemeinschaft zu bringen, sondern getrennt zu verwalten, so ergibt dies deutlich,[76]) daß unter dem „mütterlichen Erbe“ im § 3 — entsprechend dem § 1 und im Gegen-

---

[74]) Vgl. SchlHolstAnz. 76, 342.

[75]) Vgl. SchlHolstAnz. 76, 347; Mot. z. AG. 104.

[76]) Vgl. Stemann, Ehel. Güterrecht 125.

satz zu § 2 — dem Wortlaut gemäß alles den Kindern als Nachlaß der Mutter zufallendes Vermögen zu verstehen ist, das sich tatsächlich in Gemäßheit des § 1 der VormVerordn. in der Verwaltung des Vaters befindet. Demnach hat der Vater das Recht der Aussage auch in den Fällen, wo er mit seiner verstorbenen Ehefrau laut Ehevertrages in getrennten Gütern gelebt hat, sofern er nur als „natürlicher Vormund“ der Kinder das Gut nach dem Tode der Ehefrau in Verwaltung genommen hat. Daß die alten VormVerordn. an diesen Fall der vertragsmäßigen Gütertrennung nicht gedacht haben oder doch für diesen Fall die väterliche Aussage nicht hätten eintreten lassen wollen, kann bei der allgemeinen Fassung „mütterliches Erbe“ um so weniger angenommen werden, als Eheverträge schon im älteren Recht vor Erlaß der VormVerordn. bekannt waren.[77]) Eine Sonderung der Vermögensmassen tritt auch hier ein, da der Vater nach dem Tode der Frau auch dieses mütterliche Erbteil für die Kinder verwaltet haben wird und er es jetzt aus seinem Vermögen — wenigstens dem Werte nach — ausscheiden soll.[78])

Andererseits besteht kein Hindernis, daß in dem Ehevertrage der Mann auf das Recht der väterlichen Aussage der Frau gegenüber vertragsmäßig verzichtet. Die Gültigkeit des Verzichtes auf dieses „beneficium“ wird nicht zu beanstanden sein,[79]) und die Kinder sind als Erben der Mutter legitimiert, diesen Anspruch aus dem Ehevertrage geltend zu machen. Ist hiernach die Aussage allgemein wegen des mütterlichen Nachlasses, soweit der Vater ihn in Verwaltung hat, als zulässig anzusehen, so ist doch eine Ausnahme zu machen: bezüglich derjenigen Grundstücke der Frau nämlich, die dem Anerbenrecht unterliegen, wie insbesondere in Schleswig die sogen. Bondengüter nach der V. vom 18. Juni 1777, gilt die väterliche Aussage nicht: der Anerbe hat hier das Recht, sofern die Mutter das Gut nicht testamentarisch einem anderen Kinde vererbt hat, dasselbe zu übernehmen, und der

[77]) Vgl. Falck 4, 469.

[78]) Für das neue Recht ist die Frage nicht mehr praktisch. S. unten.

[79]) Vgl. Esmarch, Erbrecht 503.

Vater hat nur Anspruch auf eine billige Abnahme (Altenteil) und auf einen entsprechenden Anteil an der Auslösungssumme.[80]) Für die väterliche Aussage, durch die dem Anerben anstatt des Gutes eine Abfindungssumme aufgenötigt werden könnte, ist hier kein Raum.[81])

§ 6. Gegenstand, Erfüllung und Wirkung der Aussage.

Die VormV. gehen davon aus, daß eine bestimmte Geldsumme den Gegenstand des Aussage-Versprechens bildet (vgl. das „Quantum" deklarieren, die „ausgesetzte Summe" im § 3 Schlesw. und Kgl. Holst. VormV.). Dies bildet auch die geeignetste Grundlage für die für den Regelfall vorgeschriebene hypothekarische Sicherheit.

Indes ist das Versprechen einer Geldsumme zwar der im Gesetz vorgesehene und in der Praxis die Regel bildende Fall der Aussage. Es ist aber nicht unzulässig, das Ausageversprechen auf andere Gegenstände, insbesondere bestimmte bewegliche Sachen, beispielsweise Mobilien der Frau, auch auf unbewegliche Sachen und Rechte zu richten (vgl. Esmarch 502). Die Aussage, die als solche stets nur ein Forderungsrecht der Kinder gegen den Vater begründet, geht dann dahin, daß der Vater ihnen das Eigentum an den bestimmten Sachen verschaffe bzw. die Rechte (Forderungsrechte etc.) auf die Kinder übertrage. Für die Erfüllung dieses Forderungsrechts hat der Vater nach den allgemeinen Grundsätzen der Aussage Sicherheit zu leisten. Die Sicherheit konnte insbesondere auch durch Eintragung einer Kautionshypothek des preußischen Rechts (PrEEG. § 24) — jetzt einer Sicherungshypothek zum Höchstbetrage nach § 1190 BGB. — erfolgen. Das Eigentum an den ausgesagten Sachen geht durch die Aussage noch nicht auf die Kinder über,[82]) hierzu bedarf es nach allgemeinen Grundsätzen des Eigentumsübertragungsvertrags in Verbindung mit Besitzübergabe.

[80]) Vgl. § 6 .V vom 18. Juni 1777.

[81]) Vgl. Esmarch, Erbrecht 541 § 83; Stemann, Eheliches Güterrecht 125.

[82]) Vgl. SchlHolstAnz. 46, 51 ff.

In der Praxis wird nun vielfach, wenn bestimmte Sachen ausgesagt werden, die Eigentumsübertragung an diesen durch Vertrag zwischen dem Vater und den Pflegern des Kindes mittels constitutum possessorium sogleich vollzogen, indem der Eigentumsübergang vereinbart wird und gleichzeitig die Sachen dem Vater behufs weiterer Verwahrung für die Kinder und schonsamer Benutzung belassen werden. Diese dingliche Eigentumsübertragung sichert in der Tat die Kinder weit mehr als der bloß obligatorische Anspruch, und schon aus diesem Grunde wird das Vormundschaftsgericht im Interesse der Kinder beim Mangel einer anderweitigen Sicherheit tunlichst auf den Abschluß eines solchen constitutum possessorium hinzuwirken haben. Im Sinne der Vormünder-Verordnungen, die den Kindern ein möglichst gesichertes Recht verleihen, andererseits aber dem Vater bis zur Mündigkeit der Kinder Besitz und Nutzung belassen wollen, wird es nicht zu beanstanden sein, wenn man von dem Vater, der anderweit Sicherheit nicht leisten kann, zwar nicht volle Erfüllung der Aussage durch tatsächliche Übergabe der Sachen, aber doch Sicherung dieses Anspruchs auf Übergabe durch Begründung des dinglichen Rechts mittels constitutum possessorium verlangt. Insbesondere wird hierdurch der Vater nicht beschwert, wenn ihm die Sachen einfach behufs Ausübung seines väterlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechtes wieder überlassen werden. Im Gebiet der Großfürstlichen Vormünderverordnung kann bei mangelnder Sicherheitsleistung, wie wir oben (§ 3) sahen, allgemein sogar Auskehrung des Ausgesagten verlangt werden. Die bei der Aussage hinzugezogenen Verwandten des Kindes haben sich auch bei der Aussage von Sachen nur dahin zu äußern, ob der aus der Aussage sich ergebende Anspruch der Kinder auf demnächstige Herausgabe der Sachen nach den Verhältnissen des Vaters eine angemessene Erbabfindung der Kinder darstellt.

Eine in der neueren Praxis vielfach vorkommende Art der Aussage ist die, daß der Vater den Kindern ein gewisses Guthaben bei der Sparkasse überweist. Das Aussageversprechen ist hier darauf gerichtet, daß der Vater sich ver-

pflichtet, in der angegebenen Höhe den Kindern ein Forderungsrecht gegen die Sparkasse zu verschaffen. Auch hier pflegt die Praxis darauf zu halten, daß die Belegung des Guthabens bei der Sparkasse auf den Namen der Kinder sogleich erfolgt, und die Bescheinigung über die erfolgte Auseinandersetzung wird vielfach erst erteilt, nachdem die Belegung durch Vorlage des Sparkassenbuchs nachgewiesen ist. Man könnte einwenden, daß hierdurch dem Vater die sofortige Erfüllung seines Aussageversprechens angesonnen werde, was den VormV. nicht entspreche. Jedoch die Vormünder-Verordnungen setzen, indem sie den Kindern durch die Aussage einen Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme gewähren wollen, voraus, daß der Vater selbst Schuldner dieser Geldsumme wird; in diesem Falle wird das Forderungsrecht der Kinder unmittelbar durch die Aussage begründet. Soweit nun aber der Vater den Kindern einen anderen Schuldner für die Auszahlung der Geldsumme zuweisen will, wird es dem gesetzgeberischen Gedanken der VormV. entsprechen, daß dann auch die Begründung des Forderungsrechts gegen diesen anderen Schuldner, das sich aus der Aussage als solcher nicht ergibt, nachgewiesen werde. Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn die Aussage — und dies dürfte den Vorzug verdienen — dahin gefaßt wird, daß der Vater sich selbst als Schuldner des Summenversprechens bekennt und zugleich als Sicherheit die Begründung eines Schuldverhältnisses gegen die Sparkasse, die neben dem Vater als Schuldnerin eintritt, hinzugefügt wird. Alsdann ergibt sich aus den Grundsätzen über die Sicherheitsleistung, die der Vater ja sogleich zu stellen hat, daß das Sparkassenguthaben nachzuweisen ist.

Im übrigen gilt als Grundsatz, daß die Erfüllung des Aussageversprechens von dem Vater erst nach Eintritt der Mündigkeit der Kinder bzw. Verheiratung der Töchter verlangt werden kann, wenn aber die Kinder bei Abgabe der Aussage bereits mündig waren, nach halbjähriger Kündigung.[83])

---

[83]) Vgl. das Reskript vom 20. Februar 1604; Esmarch, Erbrecht 502; Falck, Privatrecht 5, 17; Stemann, Güterrecht 149; Scholz, Vormünderwesen 79, 80.

Zur Entrichtung von Zinsen ist der Vater — von Verzugszinsen abgesehen — nicht verpflichtet,[84]) wie sich denn sein Nutzungs- und Verwaltungsrecht an dem ausgesetzten Vermögen, sofern nicht besondere Vereinbarungen mit dem Pfleger getroffen sind, überhaupt nach den allgemeinen Grundsätzen über väterliche Gewalt richtet. In Holstein pflegte jedoch die Praxis — vor 1900 — zur Kontrolle und Verwaltung des durch die Aussage für die Kinder begründeten Rechts, insbesondere der Hypothek, Pfleger zu bestellen, während dies in Schleswig nicht geschah.[85])

Die Wirkung der väterlichen Aussage ist nun die, daß die Kinder ein Forderungsrecht gegen den Vater erwerben (bzw. das Eigentum an den ihnen übereigneten Sachen erhalten) und dagegen von dem Nachlaß der Mutter völlig abgefunden sind.[86]) Diese Abfindung tritt ein, sobald die Aussage formgerecht (vgl. oben § 2) von dem Vater beschafft und die Sicherheit, sofern nicht der Vater hierzu außerstande ist, geleistet ist.

Da die Kinder aus dem Nachlasse der Mutter abgefunden sind, kann der Vater verlangen, daß sie ihr Miteigentum an den Nachlaßsachen nach allgemeinen Grundsätzen auf ihn übertragen, die zum Nachlaß gehörigen Forderungen etc. an ihn zu alleinigem Recht abtreten, während er seinerseits die auf dem Nachlaß ruhenden Schulden, von denen die Kinder als Erben der Mutter nicht ohne weiteres befreit werden, den Kindern abzuhalten bzw. die Kinder von diesen zu befreien hat. Insbesondere haben die Kinder die Nachlaßgrundstücke auf Verlangen an den Vater als Alleineigentümer aufzulassen. Eine dingliche Wirkung ist der väterlichen Aussage in den Rechtsquellen nicht beigelegt, und kann sie daher die für Übertragung von Sachen und Rechten allgemein vorgeschriebenen Rechtsformen nicht entbehrlich machen.

---

[84]) Vgl. Esmarch, Erbrecht 502.

[85]) Vgl. SchlHolstAnz. 76, 102 364.

[86]) Vgl. Esmarch, Erbrecht 504.

§ 7. Welche Behörde ist für die Entgegennahme der Aussage zuständig? Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

In den VormVerordn. ist bestimmt, daß die Aussage bei „der Obrigkeit des Orts" beschafft werden soll. Für die der höheren Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen war vorgeschrieben, daß die Aussageakte bei dem höheren Gericht, dem der Vater unterworfen ist, einzureichen sei.[87]) Scholz (Vormünderwesen 77) versteht unter der „Obrigkeit" die „Obervormundschaft", während Esmarch (Erbrecht 489) die „Erbteilungsbehörde" als die Obrigkeit bezeichnet. Erwägt man nun, daß der Ausdruck „Obrigkeit" in den Vorm. Verordn. stetig wiederkehrt und daß mit demselben ersichtlich überall diejenige Behörde gemeint ist, der die Fürsorge für die Unmündigen obliegt, also die Vormundschaftsbehörde (vgl. z. B. §§ 2, 4, 8, 14, 15 der Schlesw. und die entsprechenden Paragraphen der Holst. VormVerordn.), so wird man annehmen müssen, daß, soweit Unmündige in Frage kommen, im Sinne der VormVerordn. unter Obrigkeit die Vormundschaftsbehörde zu verstehen ist. Hat doch auch die Behörde bei Entgegennahme der Aussage eine gewisse Fürsorge für die Unmündigen auszuüben, indem sie die Beteiligten, insbesondere die Verwandten, darauf hinzuweisen hat, daß sie die Interessen der Kinder zu wahren haben. Auch hat die Behörde festzustellen, daß die Zeugen wirklich mütterliche Verwandte der Kinder sind, und, sofern keine Verwandte erscheinen können, hat sie zu prüfen, ob die beigebrachten Zeugen als hinreichend zuverlässig gelten können. Die Behörde hat ferner von Amts wegen darauf zu halten, daß der Vater sogleich Sicherheit stellt. Alles dies sind Funktionen, die der Auseinandersetzungsbehörde oder einer lediglich die Auseinandersetzung beurkundenden Behörde fern liegen und die eine besondere Fürsorgepflicht für die Unmündigen zur Voraussetzung haben. Die VormVerordn. setzen aber weiter offenbar voraus, daß diejenige Behörde in Wirksam-

[87]) Vgl. §§ 3, 29, 44 Schlesw., §§ 3, 30 Kgl. Holst., § 3 Großf. VormVerordn.

keit trete, die den Verhältnissen des Vaters örtlich am nächsten steht. Da aber die unmündigen Kinder den Wohnsitz des Vaters teilen, so ist das Vormundschaftsgericht durchweg mit dem Gericht identisch, in dessen Bezirk der Vater seinen Wohnsitz und allgemeinen Gerichtsstand hat. Hiernach wird anzunehmen sein, daß nach dem Willen der VormVerordn. beim Vorhandensein unmündiger Kinder das Vormundschaftsgericht, das ja auch den Konsens zur Wiederverheiratung zu erteilen hat, zuständig ist.

Sind aber die Kinder mündig und geschäftsfähig, so wird als Obrigkeit jede zur Aufnahme von Auseinandersetzungsverhandlungen zuständige Behörde zu gelten haben.

Daß die väterliche Aussage vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden müsse, ist in den VormVerordn. nicht bestimmt, vielmehr ergibt sich aus ihnen das Gegenteil; denn nach ihren Bestimmungen ist mit der Deklaration des Vaters, der Bestätigung durch die Verwandten und der Protokollation im Schuld- und Pfandprotokoll die Angelegenheit erledigt, eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wie sie an anderen Stellen der alten VormVerordn. ausdrücklich erwähnt wird,[88]) wird nicht vorgeschrieben. Daß die Vorm. Verordn. sie nicht für erforderlich hielten, bestätigt wiederum § 29 schlesw. (§ 30 Kgl. Holstein.) VormVerordn.: hier ist für die dem Obergericht unterworfenen Personen bestimmt, daß sie die Aussageakte „bei Unserm Obergericht zu Gottorp per memoriale in originali einbringen und, daß solches geschehen, ein gerichtliches Gezeugniß unter Unserm Königlichen Insiegel gewärtigen". Also nur die „Einbringung" der Akte beim Obergericht und das Zeugnis, daß dies geschehen sei, sind erforderlich. Wäre noch eine sachliche Genehmigung des Obergerichts — im Gegensatz zu dem Zeugnis, daß eine den Formvorschriften des § 29 entsprechende Akte eingebracht sei — erheblich gewesen, so hätte das Gesetz dies sicherlich zum Ausdruck gebracht.

Es fragt sich daher nur, ob nach den sonstigen allgemeinen Bestimmungen des Vormundschaftsrechts eine vor-

---

[88]) Vgl. § 14 Schlesw., § 15 Kgl. Holst. VormVerordn.

mundschaftsgerichtliche Genehmigung der Aussage erforderlich ist.

Diese Frage soll hier für das Recht der PrVormO. vom 5. Juli 1875 — demnächst unten (im § 8) für das Recht des BGB. — untersucht werden.

Eine Genehmigung der Erklärung des Vaters kommt nach der PrVormO. nicht in Frage; denn das preußische Recht schreibt vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht für Rechtshandlungen des Vaters, sondern nur für solche des Vormundes und Pflegers vor. Nach § 42 Ziff. 4 bedarf es nun zwar der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung „zur Erbauseinandersetzung, sofern dieselbe nicht durch Erkenntnis festgesetzt wird." Aber Voraussetzung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist doch stets, daß eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Vormundes bzw. Pflegers vorliegt, die dieser namens des Kindes abgibt, und daran fehlt es hier. Die Verwandten fungieren, wie oben dargetan ist, als Zeugen, sie geben keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung für das Kind, sondern eine zeugenmäßige Wissenserklärung ab, und diese Erklärung macht die Aussage zu einer wirksamen. Findet aber hiernach, wie wir oben gesehen haben, eine rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Pflegers bei dem Akte der Aussage nicht statt, so kann auch eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht in Frage kommen, und die allgemeine Fassung des § 42 Ziff. 4 VormO. steht dem nicht entgegen; denn dieselbe hat eine Erbauseinandersetzung im Auge, bei der eine rechtsgeschäftliche Mitwirkung der Kinder — im Gegensatze zu der Erbteilung durch richterliches Urteil — erfolgt.[89]) Der preußische Gesetzgeber hat an diese besondere partikuläre Form der Auseinandersetzung bei Erlaß der preuß. Vormundschaftsordn. sicherlich nicht gedacht und hat daher nur die durch Urteil bewirkte Auseinandersetzung ausgenommen, eben weil diese nicht durch Rechtsgeschäft mit dem Mündel erfolgte. Derselbe Grund trifft aber auch hier zu.

---

[89]) Vgl. Dernburg-Schultzenstein, Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie 292, § 73.

Tatsächlich hat denn auch die Praxis bei der väterlichen Aussage — nach den mir gewordenen Mitteilungen — eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht eintreten lassen, und die Schriftsteller, die sich mit der väterlichen Aussage beschäftigen, erwähnen derselben nirgends,[90]) wie sich auch keine Entscheidung in den SchlHolstAnz. findet, die sie für notwendig erklärte. Es würde endlich — und das ist ein erheblicher innerer Grund — mit dem Wesen der väterlichen Aussage nicht verträglich sein, wenn sie der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterworfen wäre. Denn das Gesetz will ja gerade die Bestimmung des mütterlichen Erbteils in das gewissenhafte Ermessen des Vaters stellen, ohne daß er zur Spezifikation genötigt werden soll. Soll aber das Vormundschaftsgericht eine materielle Verantwortung übernehmen und die Aussage sachlich nachprüfen, so ist das nur in der Weise möglich, daß der Vater die Grundlagen im einzelnen darlegt, auf die er seine Aussage aufgebaut hat, er müßte dann also eben diejenige Spezifikation des Nachlasses bringen, von der ihn der Gesetzgeber — auf Grund seines Vertrauens zu der Gewissenhaftigkeit des Vaters — ein für allemal befreien wollte.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Aussage hat daher nicht einzutreten.

§ 8. Die Einwirkung des neuen Rechts.

An einer Stelle des preußischen Ausführungsgesetzes finden wir die väterliche Aussage erwähnt: In Art. 52 § 3 Abs. 3 ist für die Ehen, für die nach schleswig-holsteinischem Recht der Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft besteht, verordnet, daß für den Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft die bisherigen Vorschriften über das Recht der väterlichen Aussage in Kraft bleiben. Aber es ist nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen, daß nur für die Ehen mit allgemeiner Gütergemeinschaft die Aussage fortgelten

[90]) Vgl. Esmarch, Erbrecht § 80; Scholz, Vormünderwesen § 20; Stemann, Eheliches Güterrecht 147; Paulsen, Handbuch § 161.

solle. Dies wäre ja auch sachlich ungerechtfertigt. Vielmehr ergeben sowohl die Begründung des Regierungsentwurfs (Mot. 104; bei Stegemann 68) als auch der Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses (57; bei Stegemann 200), daß die väterliche Aussage auch auf die Güterstände der Verwaltungsgemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft (Artt. 50, 53, 55 AG.) für Schleswig-Holstein in dem bisherigen Umfange Anwendung finden soll. Es sei dies — wird in dem Kommissionsbericht ausgeführt — dadurch gewahrt, daß durch Art. 50 § 2, Art. 53 § 6, Art. 55 § 3 die Vorschrift des Art. 46 § 2 auf diese Güterstände erstreckt sei, welche lautet: „Die nach den bisherigen Gesetzen dem überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten zustehenden Rechte sind erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes. Die bisherigen Gesetze bleiben für sie — mit den in den §§ 3—5 bestimmten Änderungen [Wahlrecht usw.] — bestehen." Da diese Vorschrift des Art. 46 § 2 auf die Ehen mit allgemeiner Gütergemeinschaft (Art. 52) nur erstreckt war, sofern keine gemeinschaftlichen Abkömmlinge vorhanden waren (vgl. Art. 52 § 2), mußte die Aufrechterhaltung der Vorschriften über die väterliche Aussage hier im Gesetz ausdrücklich bestimmt werden.

Das preußische Ausführungsgesetz geht also davon aus, daß das Recht der väterlichen Aussage eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes sei. Trifft dies zu?

Meines Erachtens nicht.

Es kann dahingestellt bleiben, auf welchen Ursprung die väterliche Aussage rechtshistorisch zurückzuführen ist. In dieser Beziehung soll nur bemerkt werden, daß es sich hier m. E. lediglich um ein Überbleibsel der Rechtsform handelt, die das alte Recht für Rechtsgeschäfte zwischen dem Vater und seinen Kindern anwandte. Bei der überwiegenden Stellung des Vaters, der die Gewere an dem Vermögen seines Kindes und die volle Familiengewalt (Mundium) über das Kind hatte, lag dem älteren Recht die Auffassung fern, daß Vater und Kind als zwei gleichberechtigte Genossen einen Abteilungsvertrag miteinander schließen könnten, zumal der

Vater mit der Abteilung des Kindes keineswegs immer die Gewere über dasselbe verlor.[91]) Daher hatte das ältere Recht für Abteilungen zwischen Vater und Kind, soweit dasselbe noch unter der natürlichen Vormundschaft des Vaters blieb, allgemein die Form, daß der Vater Blutsfreunde der Kinder bzw. den Rat der Stadt hinzuzog und vor diesen die erforderliche Abteilung vornahm,[92]) wie wir dies oben bezüglich des lübschen Rechts gesehen haben (weitere Nachweisungen bei Kraut a. a. O.).

Auch die älteren Rechtsquellen für Schleswig, das Schleswiger und das Flensburger Stadtrecht, die die väterliche Aussage unter dem Kapitel „Erbteilung" behandeln, lassen nicht erkennen, daß die Aussage gerade mit dem ehelichen Güterrecht in innerem Zusammenhange stehe, soweit derselbe nicht schon dadurch hergestellt ist, daß es sich eben im Regelfall um die Aufteilung des Gesamtguts handelte.

Indes, wie dem auch sei, maßgebend war zur Zeit des Erlasses des preußischen Ausführungsgesetzes das auf Grund der Vormünder-Verordnungen bestehende Recht der väterlichen Aussage. Dieses aber ist, wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, unabhängig von dem ehelichen Güterstande. Die Vormünder-Verordnungen sind für Rechtsgebiete mit den verschiedensten Güterrechtssystemen einheitlich erlassen, sie befassen sich schon ihrem Inhalte nach nur mit Vorschriften über Vormundschaften oder doch vormundschaftsähnliche Rechtsinstute, zu denen auch das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind gehört, das Recht der Aussage ist allgemein hinsichtlich des „mütterlichen Erbes" gewährt, es steht, wie wir gesehen haben, dem Vater auch dann zu, wenn vertragsmäßig Gütertrennung zwischen den Eheleuten bestand, also jede Güterrechtswirkung aufgehoben war, und es beruht offenbar auf dem Gedanken, daß dem Vater trotz des Interessengegensatzes, den die Abteilung an sich notwendig mit sich bringt, wegen seines nahen Verhältnisses zu den seiner Fürsorge allgemein unterstellten Kindern doch das Vertrauen entgegengebracht werden könne, daß er

[91]) Vgl. Kraut, Die Vormundschaft 2, 599.

[92]) Vgl. Kraut a. a. O. 615, 616.

den Erbteil richtig bestimme. Es ist dies ein gesetzgeberischer Gedanke, der seinen Grund offenbar nicht in den Güterverhältnissen während der Ehe, sondern in dem Verhältnis zwischen Vater und Kindern findet. Ein Zusammenhang mit dem ehelichen Güterstande ist hiernach nicht nachweisbar. So vertritt auch Stemann — der einzige Schriftsteller, der sich über die rechtliche Natur der Aussage geäußert hat — die Ansicht, daß die väterliche Aussage nicht als Wirkung des Güterrechts anzusehen sei, vielmehr mit dem Verhältnisse zwischen Vater und Kindern, der väterlichen Gewalt und väterlichen Vormundschaft zusammenhänge (Güterrecht 149).

Andererseits ist die Aussage auch im Sinne der Vormünderverordnungen kein bloßer Ausfluß der väterlichen Gewalt, das Recht geht vielmehr über diese insofern hinaus, als es auch mündigen Kindern gegenüber besteht. Und wiederum liegt eine Beschränkung gegenüber dem Recht der väterlichen Gewalt darin, daß es dem Vater nur hinsichtlich des mütterlichen Erbteils der Kinder, nicht hinsichtlich ihres sonstigen Vermögens zusteht.

So können wir zusammenfassend nur sagen: das Recht der Aussage ist ein Sonderrecht des Vaters bezüglich des Nachlasses seiner Ehefrau, das den Kindern gegenüber besteht, unabhängig von dem ehelichen Güterstande ist und in dem Verhältnis zwischen Vater und Kindern seine Grundlage findet.

Betrachten wir nun, indem wir von dem Ausführungsgesetz zum BGB. vorläufig absehen, die Vorschriften des Einführungsgesetzes zum BGB., so ergibt sich: Wenn auch die Aussage auf dem Verhältnis zwischen Vater und Kind beruht, so ist sie doch unzweifelhaft ein Recht des Vaters in bezug auf den Nachlaß der Mutter. Sie gehört als eine besondere Art der Auseinandersetzung des Nachlasses zu den „erbrechtlichen Verhältnissen" im Sinne des Art 213 BGB. und steht daher dem Vater zu, sofern die Mutter vor dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist.[93])

---

[93]) Vgl. über den Begriff „erbrechtliche Verhältnisse" die Mot. z. EG. 306; Planck, Anm. 2f zu Art. 213 EG.; Niedner, Anm. 2 zu Art. 213; Habicht, Einwirkung des BGB. § 67 unter III; Dernburg, Bürgerliches Recht 5, § 6 II; RGZ. 46, 70; 50, 186; KGJ. 21, 236.

Dagegen würde nach dem bisherigen Ergebnis Art. 200 EG. auszuscheiden sein, da eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes nicht vorliegen würde.

Vielmehr würde, soweit nicht die Voraussetzungen des Art. 213 EG. vorliegen, soweit also nicht die Mutter vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist, das Recht der väterlichen Aussage gemäß Art. 203 (Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern) mit dem 1. Januar 1900 erloschen sein. Eventuell würde sich dasselbe Resultat aus Art. 55 EG. ergeben, da eine das Aussagerecht aufrecht erhaltende Bestimmung des Einführungsgesetzes außer Art. 213 nicht in Betracht kommen würde.

Man wende nicht ein, daß, wenn Art. 203 EG. Anwendung finde, Art. 213 auszuscheiden habe. Vielmehr ist in der Literatur anerkannt, daß durch Art. 203 die erbrechtlichen und güterrechtlichen Befugnisse des Vaters, die nach Artt. 200 und 213 aufrecht erhalten sind, nicht haben berührt werden sollen.[94]) Um eine rein-elternrechtliche Vorschrift lediglich auf der Grundlage der väterlichen Gewalt handelt es sich hier, wie wir gesehen haben, nicht, vielmehr um ein Sonderrecht des Vaters bezüglich des mütterlichen Nachlasses, das über die Grenzen der elterlichen Gewalt teils hinausgeht, teils hinter ihnen zurückbleibt.

Dies würde also das Ergebnis sein, wenn wir von dem preußischen Ausführungsgesetz absehen.

Ist nun die Aufrechterhaltung durch das preußische Gesetz gültig?

Diese Frage muß — trotz der vorangegangenen Erörterungen — bejaht werden.

Zunächst die Vorfrage: ergibt sich die Aufrechterhaltung der väterlichen Aussage aus dem Inhalt des Ausführungsgesetzes? Und in welchem Umfange?

Allgemein behandelt das Ausführungsgesetz nur die Ehen, die am 1. Januar 1900 bestanden, wenn die Ehegatten zu dieser Zeit ihren Wohnsitz in Preußen hatten bzw. nach-

---

[94]) Vgl. Habicht, GruchotsBeitr. 42, 449, 450 und „Einwirkung“ § 55; Affolter, System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts § 60; Niedner, EG. Anm. 4 zu Art. 203; Planck, Anm. 5 zu Art. 203 EG.; OLG. 8, 353 ff.

her nach Preußen verzogen sind.[95]) In Betracht kommen ferner nur die Ehen, für die schleswig-holsteinisches Güterrecht gilt und die unter Artt. 50, 52, 53, 55 AG. fallen. Der erste eheliche Wohnsitz der Ehegatten muß also in Schleswig-Holstein gewesen sein. Für die Ehen mit allgemeiner Gütergemeinschaft ist nun, wie wir sahen, das Fortbestehen der väterlichen Aussage ausdrücklich im Gesetz angeordnet (§ 3 Abs. 3 des Art. 52). Trifft nun die Bemerkung im Kommissionsbericht zu, daß für die Güterstände der Artt. 50, 53 und 55 die Aufrechterhaltung der väterlichen Aussage aus der vorgeschriebenen Anwendung des Art. 46 § 2 folge?

Die Frage müßte nach den obigen Ausführungen verneint werden, wenn der Art. 46 § 2 diejenige Fassung behalten hätte, die der ursprüngliche Regierungsentwurf (Art. 45 § 2) vorsah und die lautete: „Für die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes bleiben die bisherigen Gesetze .... maßgebend.“ Würde das Gesetz dies verordnet haben, so würde nach der hier vertretenen Ansicht das Fortbestehen der väterlichen Aussage zu verneinen sein; denn sie ist keine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes. Das Gesetz hat aber — infolge eines Beschlusses der Kommission des Abgeordnetenhauses — eine andere Fassung dahin erhalten: „Die nach den bisherigen Gesetzen dem überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten zustehenden Rechte sind erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes. Die bisherigen Gesetze bleiben für sie .... maßgebend“. Damit ist eine gesetzliche Deklaration gegeben, bei deren Aufnahme man davon ausging, daß das Reichsrecht auf die bei seinem Inkrafttreten bestehenden Rechtsverhältnisse nur nach Maßgabe derjenigen Bestimmungen Anwendung finde, die am 1. Januar 1900 gültig seien, und daß die Landesgesetzgebung bis dahin freie Hand habe, auch die rechtliche Natur solcher Rechtsverhältnisse zu bestimmen und mit bindender Kraft auszusprechen, ob nach einem oder dem anderen Rechtssystem das Erbrecht der Ehegatten untereinander erbrechtlichen oder güterrechtlichen Ursprungs sei.[96])

[95]) Art. 44 u. 65 AG. Vgl. jedoch für den letzteren Fall Abs. 2 des Art. 65.
[96]) Vgl. KommB. des AbgH. 51; bei Stegemann 197.

Die rechtliche Zulässigkeit dieser Deklaration wird nicht zu beanstanden sein.[97]) Denn, läßt Art. 200 EG. das bisherige Recht bestimmen, welche erbrechtlichen Wirkungen der Güterstand einer am 1. Januar 1900 bestehenden Ehe haben soll, so kann das Landesrecht — übrigens auch nach dem Inkrafttreten des BGB.[98]) — auch solche Rechtswirkungen des ehelichen Güterstandes neu schaffen, die bisher nicht vorhanden waren, und dies kann auch auf dem Wege geschehen, daß alle nach dem bisherigen Recht dem überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des verstorbenen zustehenden Rechte zu erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes kraft gesetzlicher Vorschrift erhoben werden. Wenn Crusen und Müller meinen, daß auf diese Weise das Landesrecht die Möglichkeit gewinne, ganze Rechtsgebiete der reichsrechtlichen Einwirkung zu entziehen, so ist hierauf zu bemerken, daß es sich hier doch nur um Wirkungen handelt, die an ein vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründetes Rechtsverhältnis sich anknüpfen, und daß ein Hinausgehen des Landesrechts über das ihm durch Art. 200 EG. überlassene Rechtsgebiet nur dann in Frage kommen könnte, wenn das Landesrecht etwa die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes auf solche Verhältnisse erstreckte, bei denen ein innerer Zusammenhang mit dem Güterrecht nach allgemeinen Grundsätzen überhaupt nicht konstruierbar wäre.

Wenn aber das preußische Ausführungsgesetz die bisherigen Rechte des überlebenden Gatten am Nachlaß des Verstorbenen als Wirkungen des Güterstandes deklariert, so bewegt sich der Landesgesetzgeber nur auf dem ihm vom Reichsgesetzgeber überlassenen Gebiete; denn solche erbrechtliche Wirkungen des Güterrechts bestanden schon nach den verschiedensten bisherigen Landesrechten, und es hat sicherlich dem Landesrecht freie Hand gelassen werden sollen, wie weit es sie ausdehnen wollte.

Somit haben wir jetzt die Frage für die Güterstände der

[97]) Vgl. Stranz-Gerhard, Vorbemerkungen zu Artt. 44—67 AG. Anm. 40; Habicht, Einwirkung 581; zweifelnd dagegen Crusen und Müller, AG. Anm. II A 2,

[98]) Vgl. Art. 218 EG.

Artt. 50, 53, 55 EG. nicht dahin zu stellen: „Ist die väterliche Aussage eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes?", sondern dahin: „Ist sie ein dem überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten zustehendes Recht?"

Und diese Frage ist zu bejahen. Es folgt dies aus unseren früheren Ausführungen: der Vater hat das Recht, den Nachlaß der Mutter an sich zu nehmen und die Kinder durch das einseitige Versprechen einer Abfindungssumme abzufinden. Es ist dies ein überaus weitgehendes Recht am Nachlaß der Mutter, und daß es ein Recht „am" Nachlaß ist, ist auch nicht um deswillen in Zweifel zu ziehen, weil es nur im Verhältnis zu den Kindern besteht.[99])

Die Aufrechterhaltung auch dieses Rechts durch die Landesgesetzgebung geht nicht über die ihr durch Art. 200 EG. gewährten Befugnisse hinaus; denn ein innerer Zusammenhang der Aussage mit dem Güterrecht ist, wenn er auch nach dem bisherigen Recht nicht bestand, doch sehr wohl konstruierbar und naheliegend, da es sich um eine Art der Auseinandersetzung des durch Güter- oder doch Verwaltungsgemeinschaft in der Hand des Vaters geeinten Gutes handelt.

Es ist daher auch die Gültigkeit des die Aufrechterhaltung der Aussage für Ehen mit allgemeiner Gütergemeinschaft ausdrücklich anordnenden Art. 52 § 3 nicht zu beanstanden.

Hiernach ergibt sich für den Rechtszustand nach 1900 folgendes Resultat:

Die väterliche Aussage gilt nach Maßgabe des bisherigen Rechts

a) soweit die Mutter vor 1900 verstorben ist, auf Grund des Einführungsgesetzes,

b) soweit die Mutter nach 1900 verstorben ist, für die am 1. Januar 1900 noch bestehenden Ehen mit Verwaltungs-, Güter-, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft auf Grund des Ausführungsgesetzes, und zwar auch, wenn einer dieser Güterstände kraft Ehevertrages gilt (vgl. Art. 58 AG.).

---

[99]) Vgl. OLGRspr. 7, 66.

Dagegen gilt die väterliche Aussage nicht mehr für die Ehen, für die Gütertrennung vereinbart ist, soweit die Mutter nach 1900 verstorben ist.

Ein wesentlicher Unterschied aber ergibt sich für die Anwendung der väterlichen Aussage, je nachdem die Aussage auf Grund des Einführungsgesetzes oder des Ausführungsgesetzes aufrechterhalten bleibt.

Im letzteren Falle ist sie als Wirkung des Güterstandes — kraft gesetzlicher Deklaration bzw. ausdrücklicher Vorschrift — aufrechterhalten, im ersteren Falle, wo lediglich das frühere Recht gilt, als erbrechtliche Vorschrift. Daraus folgt: Im letzteren Falle entscheidet für ihre Anwendung der den Güterstand bestimmende erste eheliche Wohnsitz der Eheleute, im ersteren Falle dagegen kommt es auf den letzten Wohnsitz der Mutter, der für ihre Beerbung maßgebend ist, an. In dieser Beziehung findet sich für das ältere Recht eine Entscheidung des Appellationsgerichts Flensburg in Wöldekes JW. 54, 65 (für das Herzogtum Schleswig), wonach die Bestimmungen der Vormünder-Verordnung über die väterliche Aussage für jeden Geltung hätten, der in ihrem Geltungsgebiete sein Domizil habe. Danach würde also der Wohnsitz des Vaters entscheidend sein. Diese Entscheidung erscheint für das Recht vor 1900 zutreffend, da das Verhältnis zwischen Vater und Kind die entscheidende Grundlage der Aussage bildete. Für das Recht nach 1900 kann dies aber nicht mehr gelten, da die Aussage, soweit die Mutter vor 1900 gestorben ist, nur in ihrer — ihr zugleich schon nach dem bisherigen Rechte innewohnenden — Eigenschaft als erbrechtliche Vorschrift aufrechterhalten ist, soweit aber die Ehe im Jahre 1900 noch bestand, nur auf Grund der ihr neu beigelegten Eigenschaft als Bestandteil des ehelichen Güterrechts fortwirkt.

Diese Verschiedenheit ergibt sich eben daraus, daß die Behandlung der Aussage durch das Ausführungsgesetz dem bisherigen Rechtszustande gegenüber nach der hier vertretenen Auffassung eine Neuerung enthält. Insofern die Aussage auf Grund des Ausführungsgesetzes als Folge des Güterstandes aufrechterhalten ist, geht der Vater bei den

Güterständen der Verwaltungsgemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft ihrer verlustig, wenn er statt der ihm nach den bisherigen Gesetzen zustehenden Rechte die Erbfolge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte wählt.[100]) Dieses Wahlrecht hat der nach allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehemann, wenn Kinder vorhanden sind, nicht (vgl. Art. 52 § 1 in Verb. mit § 2). Doch ist für diesen Güterstand das Fortbestehen der väterlichen Aussage nur „für den Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft“ angeordnet (Art. 52 § 3 Abs. 3), sie besteht also nicht, wenn die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist, sei es, weil die verstorbene Ehefrau dieselbe durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen hat,[101]) oder dieser Ausschluß durch Ehevertrag erfolgt ist,[102]) sei es, weil der überlebende Ehegatte die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ablehnt.[103])

Soweit nun hiernach die väterliche Aussage fortgilt, bestimmt sie sich auch ferner nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes, also in erster Linie nach den alten Vormünder-Verordnungen.

Die „Obrigkeit“ ist auch nach 1900 beim Vorhandensein unmündiger Kinder das Vormundschaftsgericht,[104]) im übrigen jeder zur Beurkundung von Auseinandersetzungsverhandlungen zuständige Beamte, also jetzt Amtsgericht und Notar.[105])

Die beiden mütterlichen Verwandten der Kinder bzw. die anderweit zugelassenen Zeugen haben die Richtigkeit der Aussage zu bestätigen, ohne daß sie als Pfleger der Kinder zu bestellen sind.

Auch das neue Recht gibt keinen Anlaß, diese Zeugen durch Verpflichtung als Pfleger zu Vertretern der Kinder zu

[100]) Vgl. den Art. 46 §§ 2 u. 3 AG., der in Artt. 50 § 2, 53 § 6, 55 § 3 für anwendbar erklärt ist.

[101]) Vgl. Art. 52 § 3 Abs. 2 AG.

[102]) Vgl. § 1508 BGB.

[103]) § 1484 BGB.; vgl. zu den letzteren beiden Fällen Art. 52 § 1 Satz 1 AG.

[104]) Vgl. oben § 7 und Art. 32 PrFGG.

[105]) Vgl. Art. 31 PrFGG.; KGJ. 27, A 159.

machen. Die Aussage der Zeugen ist nach wie vor auf Bestätigung der Aussage als sachlich angemessen zu richten.

Zweifelhaft kann sein, ob man jetzt das Vormundschaftsgericht auf Grund des Art. 1 Satz 2 PrFGG. in Verbindung mit § 15 RFGG. für befugt erachten kann, nach seinem Ermessen die Verwandten etc. zu beeidigen. Doch erscheint dies bedenklich; denn die Verwandten werden nicht als reine Zeugen über Tatsachen vernommen, sondern sie geben ein Urteil ab (vgl. oben S. 42). Sie sind aber auch keine Sachverständige im technischen Sinne; denn sie urteilen nicht über eine Frage, für deren Beurteilung sie besondere Sachkenntnisse besitzen, vielmehr fällen sie das Urteil auf Grund ihrer eine besondere Sachkunde nicht voraussetzenden Wahrnehmungen oder Untersuchungen, die sie nicht im Auftrage des Gerichts gemacht haben. Sie sind also im strengen Sinne weder Zeugen noch Sachverständige, sondern Auskunftspersonen besonderer Art, der § 15 RFGG. wird daher auf sie ebensowenig Anwendung finden können, wie auf die gemäß § 1847 BGB. gutachtlich zu hörenden Verwandten.

Eine Vertretung der Kinder bei dem Aussageakte selbst durch Pfleger ist auch nach BGB. für den Regelfall nicht erforderlich; denn eine Angelegenheit, die für die Kinder zu „besorgen" wäre (§ 1909 BGB.), liegt an sich nicht vor, da die Aussage lediglich ein einseitiges, durch Zeugen zu bestätigendes Rechtsgeschäft des Vaters gegenüber der Behörde ist und diese Behörde als Vormundschaftsgericht im Interesse der Kinder tätig ist (vgl. RG. 60, 134; Planck Anm. 2c, Abs. 2 zu § 1909 BGB.).

Doch kann die Bestellung eines Pflegers für das Kind unter Umständen geboten sein, insbesondere, wenn Bedenken bestehen, daß der Vater das Recht zur Verkürzung der Kinder mißbraucht, behufs Geltendmachung der sich hieraus nach neuem Rechte für die Kinder ergebenden Ansprüche und Einreden (vgl. unten).

Auch wegen der Sicherheitsleistung kann die Pflegerbestellung nötig werden.

Was zunächst die Sicherheit durch Hypothekbestellung betrifft, so genügt die einseitige Eintragungsbewilligung zwar

zur grundbuchmäßigen Eintragung der Hypothek (§ 19 GBO.), zur Begründung des dinglichen Rechts aber ist Einigung und Eintragung erforderlich (§ 873 BGB.), und man könnte hiernach annehmen, daß es stets der Bestellung eines Pflegers für das Kind bedürfe, um diese Einigung mit dem Vater zu erklären. Dies dürfte jedoch nach der Vorschrift des § 181 BGB., die auch für das Verhältnis zwischen Vater und Kind gilt,[106] nicht anzunehmen sein, da der Vater die Hypothek ausschließlich „in Erfüllung einer Verbindlichkeit" bestellt. Nachdem er nämlich die Aussageerklärung beschafft hat, ist der Vater, wie wir gesehen haben, nach den alten Vormünderverordnungen gesetzlich verpflichtet, diese Aussage sogleich durch Eintragung einer Hypothek zu sichern. Durch Abgabe der Aussageerklärung entsteht also die gesetzliche Verbindlichkeit für den Vater, die Hypothek eintragen zu lassen, und diese Verbindlichkeit erfüllt er, indem er — außer der Eintragung — mit sich als Vertreter seiner Kinder über die Bestellung der Hypothek sich einig erklärt. Eine hinreichende Erklärung dieser Einigung wird in der Eintragungsbewilligung zu finden sein.

Soweit aber die Sicherheit auf anderem Wege — durch Pfandbestellung an beweglichen Sachen oder Rechten, durch Eigentumsübertragung an Sachen, durch Bürgen — geleistet wird, handelt es sich um eine Art der Sicherheitsleistung, die in den alten Vormünderverordnungen nicht als gesetzliche Erfüllung der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung hingestellt ist; es bedarf daher alsdann der Pflegerbestellung für die Kinder, wie dies überhaupt nötig ist zur Prüfung der Frage, ob und in welcher Weise der Vater, der durch Hypothekbestellung Sicherheit nicht bieten kann, zur Leistung einer anderweitigen Sicherheit heranzuziehen ist. Es wird zweckmäßig sein, die zur Bestätigung der Aussage herangezogenen Verwandten bzw. Zeugen als Pfleger für die Vertretung der Kinder in dieser Angelegenheit zu bestellen.

Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Aussage hat auch nach neuem Rechte nicht einzutreten. Da

---

[106]) Vgl. § 1795 Schlußsatz in Verbindung mit § 1630 Abs. 2 BGB.

eine solche, wie oben dargelegt, dem Wesen der Aussage an sich widerspricht, so könnte schon daraus, daß gemäß Artt. 200, 203 EG. in Verbindung mit Artt. 50 ff. AG. das Recht der väterlichen Aussage nach Maßgabe der bisherigen Vorschriften weiterzugelten hat, gefolgert werden, daß eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auch nach 1900 nicht einzutreten habe. Würde dagegen anzunehmen sein, daß die väterliche Aussage bezüglich der Frage der Genehmigung dem jeweils geltenden Vormundschaftsrecht hat unterworfen sein sollen, so begründen auch die Vorschriften des BGB. nicht die Notwendigkeit einer solchen Genehmigung.

Zwar bedarf der Vater nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Ziff. 1 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Verfügung über eine dem Kinde angefallene Erbschaft, sowie zur Verfügung über einen dem Kinde zustehenden Anteil an einer Erbschaft.

Allein hier wird vorausgesetzt, daß der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt und als Vertreter des Kindes die Rechtshandlung vornimmt, nicht aber beziehen sich diese Vorschriften auf die Fälle, wo der Vater aus eigenem Recht kraft seiner güter- und erbrechtlichen Befugnisse eine Verfügung über den Erbteil der Kinder trifft.[107]) Um einen solchen Fall handelt es sich hier, vorausgesetzt, daß man überhaupt eine „Verfügung“ im Sinne des BGB. in der Abgabe der Aussage, die, wie oben dargelegt, keine dingliche Wirkung hat, erblicken will. Denn der Vater macht mit der Aussage von einem Rechte Gebrauch, das ihm gegenüber den Kindern zusteht, nicht gibt er die Aussage als Vertreter der Kinder ab. Dies kann, da die Aussage nur als erbrechtliche bzw. güterrechtliche Befugnis des Mannes fortbesteht, für das neue Recht nicht zweifelhaft sein.

Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im übrigen kommt auch nach neuem Recht nicht in Betracht, da eine Mitwirkung eines Vertreters der Kinder bei der Aussage

---

[107]) Vgl. Planck, Anm. VI zu § 1643 BGB.; Neumann, Handausgabe zum BGB., Anm. A II 2 zu § 1643; vgl. auch KGJ. 23, A 23; OLG. 4, 358; 3, 105.

nicht erforderlich ist und eine rechtsgeschäftliche Erklärung für diese, die sich als Verfügung über den Erbanteil bzw. Mitwirkung bei einem Erbteilungsvertrage[108]) darstellen könnte, nicht abzugeben ist.

Hervorzuheben ist sodann, daß durch das BGB. den Kindern das Recht gewährt ist, bei schlechter Wirtschaftsführung des Vaters die Aufhebung der Gütergemeinschaft zu verlangen (BGB. § 1495), ein Recht, das für die Zeit vor 1900 in hiesiger Provinz dem Vater gegenüber nicht anerkannt war (vgl. oben § 4). Hat auch für diesen Fall der Vater das Recht der Aussage? Diese Frage wird in Übereinstimmung mit dem Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses 57[109]) zu verneinen sein:[110]) denn das Ausführungsgesetz hat die väterliche Aussage nur in ihrem bisherigen Anwendungsgebiet aufrechterhalten, nicht aber auf Fälle ausdehnen wollen, die dem alten Recht unbekannt waren, und bei denen, wie hier, die Anwendung überdies zu einem sachlich unbefriedigenden Ergebnis führen würde.

Die Wirkungen der Aussage sind auch nach 1900 die gleichen: der Vater erlangt mit der Aussage das Recht, den Nachlaß der Mutter zu alleinigem Eigentum zu erhalten, während für die Kinder lediglich das Forderungsrecht auf Auskehrung des Ausgesagten gegen den Vater begründet wird.

Das Bestehen dieses Forderungsrechtes, insbesondere soweit es durch eine Hypothek gesichert ist, wird vielfach eine Verwaltung bzw. Kontrolle über dieses Recht erforderlich machen, für die den Kindern gemäß §§ 1630 Abs. 2, 1796, 1909 im Bedürfnisfall ein Pfleger zu bestellen sein wird. Dieser wird z. B. darüber zu wachen haben, ob der Vater etwa das Recht der Hypothek gefährdet, und wird eventuell geeignete Maßregeln gemäß §§ 1133 ff. BGB. zu treffen haben.

Für die Übertragung des Nachlasses an den Vater ist zu beachten, daß auch hier der Vater berechtigt ist, namens der Kinder an sich selbst die Rechte zu übertragen, da es

---

108) Vgl. § 1822 Ziff. 1 und 2.

109) Bei Stegemann 200.

110) Vgl. auch Crusen und Müller, Anm. II 3 zu Art. 52 § 3.

sich wiederum um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt (§ 181 BGB.). Die Kinder sind nach formgültig beschaffter Aussage gesetzlich verpflichtet, den Nachlaß an den Vater zu Allein-Recht zu übertragen. In Betracht kommt hier, daß nach § 2033 BGB. jeder Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß als solchen dinglich verfügen kann, während der Einzelerbe über die Erbschaft als Ganzes nicht verfügen kann.[111]) Der Vertrag, durch den der Miterbe über seinen Anteil verfügt, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung und hat zur Folge, daß die Anteilsrechte an den einzelnen Nachlaßgegenständen ohne weiteres auf den Erwerber übergehen, so daß z. B. für eine Auflassung der Anteilsrechte am Nachlaß-Grundstück kein Raum ist, sondern es nur der Berichtigung des Grundbuchs bedarf.[112]) Soweit also der Vater kraft des maßgebenden ehelichen Güterrechts Miterbe seiner Frau geworden ist, oder mehrere Kinder als Miterben vorhanden sind, kann er namens der Kinder in Erfüllung der diesen obliegenden Verbindlichkeit sich ihren Miterben-Anteil gemäß § 2033 BGB. durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag übertragen. Ist der Vater aber nicht Miterbe und ist nur ein Kind vorhanden, so sind die einzelnen Nachlaßgegenstände nach allgemeinen Grundsätzen durch Auflassung, Übergabe etc. auf den Vater zu übertragen. Auch hier kann der Vater die Auflassung allein vornehmen, sofern er nur in der Lage ist, dem Grundbuchamt gemäß § 29 GBO. den Nachweis zu liefern, daß die Auflassung in Erfüllung einer den Kindern obliegenden Verbindlichkeit erfolgt.[113]) Die hiernach erforderlichen Übertragungsgeschäfte der Kinder bedürfen in den im § 1643 BGB. bestimmten Fällen und, sofern ein Pfleger für die Kinder handelt, in allen Fällen der §§ 1821, 1822 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, die aber im Regelfall (vgl. das sogleich Folgende) erteilt werden muß, sobald nachgewiesen ist, daß der Vater die Kinder durch formgültig erfolgte Aussage, zu der er berechtigt war, und durch Sicherheitsleistung abgefunden hat.

---

[111]) Planck, Anm. 1 zu § 2033 BGB.

[112]) Vgl. KGJ. 26, A 113.

[113]) Vgl. KGJ. 27, A 148.

Gewährt endlich das neue Recht den Kindern Rechtsmittel und Ersatzansprüche, wenn sie durch die väterliche Aussage übervorteilt sind?

Das Oberlandesgericht Kiel (Dritter Zivilsenat) hat in einer Entscheidung, die in den SchlHolstAnz. 05, 213 ff. abgedruckt ist, den Anspruch auf Schadensersatz für den Fall für begründet erklärt, daß der Vater den Erbteil bewußt — unbillig festgesetzt habe. In diesem Falle habe der Vater den Kindern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt und sich nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig gemacht. Zugleich wird in dieser Entscheidung ausgeführt. daß das frühere Recht, wie bereits oben bemerkt, den Kindern prinzipiell Klagansprüche wegen Verkürzung durch die Aussage nicht gewähre. Daraus nun, daß die Vorschriften über die väterliche Aussage nach bisherigem Recht aufrechterhalten sind, könnte man das Bedenken herleiten, daß es dann doch auch bei der Versagung einer Ersatzklage, wie sie das bisherige Recht enthalte, verbleiben müsse.

Indes stellt der § 826 BGB. ein das ganze Rechtsleben derartig beherrschendes Prinzip auf, daß ihm die Anwendung auch hier nicht zu versagen sein wird: läßt auch das neue Recht die Rechtswohltat des früheren Rechts an sich mit ihrem bisherigen Inhalt bestehen, so darf doch diese Rechtswohltat, die auch den Interessen der Kinder dienen sollte, zu einer dolosen Schädigung der Kinder nicht führen. Bietet das neue Recht wirksame Mittel, um dies zu verhüten, so liegt in der Aufrechterhaltung der Rechtswohltat als solcher kein hinreichender Grund, dieses allgemeine Schutzmittel des neuen Rechts nicht anzuwenden.

Nimmt man aber dies mit dem Oberlandesgericht an, so folgt als weitere Konsequenz, daß die bewußt unbillige Festsetzung des Erbteils durch den Vater diesen nicht nur schadensersatzpflichtig macht, sondern anch den Kindern eine Einrede gegen den aus der Aussage sich ergebenden Anspruch des Vaters auf Übertragung des mütterlichen Nachlasses gewährt. Es ergibt sich dies aus den Grundsätzen, die in RGZ. 58, 356 entwickelt sind: ist der Vater

schadensersatzpflichtig, so hat er, wenn die Schädigung in der Begründung von Ansprüchen liegt, vor allem dadurch den früheren Zustand gemäß § 249 BGB. herzustellen, daß er die Ansprüche nicht geltend macht.[114]

Sofern es zur Leistung des Eides durch den Vater gekommen ist, und die Kinder nachweisen können, daß der Vater seine Eidespflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt habe, wird ferner den Kindern ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB. — und auch hier die oben behandelte Einrede — aus schuldhafter Verletzung eines Schutzgesetzes, nämlich der strafrechtlichen Normen des § 153 bzw. 163 St. GB. nicht zu versagen sein.[115] Denn auch der Rechtsgedanke des § 823 Abs. 2 ist ein allgemeiner, das ganze Rechtssystem beherrschender.

Nicht dagegen würde ich annehmen, daß der § 823 Abs. 1 BGB. anwendbar ist.

Ob die Erbrechte der Kinder am mütterlichen Nachlaß zu den „Rechten" im Sinne des § 823 BGB. gehören, ist zunächst schon zweifelhaft. Aber auch eine widerrechtliche Verletzung dieser Rechte ist nicht gegeben; denn der Vater hat das Recht, die Kinder mittels der Aussage von dem mütterlichen Nachlaß abzufinden, und die Festsetzung einer zu geringen Aussagesumme enthält zwar eine Schädigung des Vermögens der Kinder, nicht aber eines bestimmten Rechts.[116]

Auch gegen die Verwandten und Zeugen, die die unbillige Aussage des Vaters bewußt wahrheitswidrig als angemessen bestätigt haben, haben die Kinder einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB.

Werden die Verwandten — was zwar nicht für richtig gehalten wird — vor Abgabe ihrer bestätigenden Erklärung als Pfleger der Kinder verpflichtet, so haften sie, da sie alsdann doch zugleich in ihrer Eigenschaft als Pfleger handeln, gemäß §§ 1833, 1915 BGB. für jedes Verschulden bei Abgabe ihrer Erklärung.

---

[114]) Vgl. Planck Anm. 2c zu § 796 BGB.; Dernburg, Bürgerliches Recht 3, 284 § 92.

[115]) Vgl. Planck Anm. 2a zu § 823 BGB.; RG. 59, 236.

[116]) Vgl. RG. 59, 49.

Werden sie nicht verpflichtet, sondern geben sie lediglich als Auskunftspersonen ihr gutachtliches Zeugnis ab, so wird sich bei bloßer Fahrlässigkeit ein Ersatzanspruch der Kinder nicht begründen lassen. Zwar bezweckt die Vorschrift, daß die Verwandten hinzugezogen werden sollen, den Schutz der Kinder (§ 823 Abs. 2 BGB.). Aber gegen dieses Schutzgesetz wird verstoßen, wenn die Heranziehung der Verwandten unterbleibt; der Inhalt ihrer Aussage dagegen verstößt nicht gegen das Schutzgesetz.

So gewinnen wir das Resultat, daß das neue Recht doch wenigstens stets gegen die wissentliche Verkürzung der Kinder durch die Aussage wirksamen Rechtsschutz gewährt.

Reicht dies aus? In einer Festschrift zum Juristentag wird auch die Frage nach der lex ferenda zum Schlusse behandelt werden dürfen, und da wird man sagen müssen:

Die väterliche Aussage ist ein Rechtsinstitut, das eigentlich in die Gegenwart nicht mehr hineingehört. Während das neue Recht die Kinder mit Schutzvorschriften umgibt und den Vater der Kontrolle der Vormundschaftsbehörde unterwirft, herrscht hier ein weitgehendes Vertrauen zu der Gewissenhaftigkeit des Vaters, das gegenwärtig nur zu oft sich als unberechtigt erweist.

Die Aussage hat einen Vorzug, der zugleich ihr gefährlichster Nachteil ist: sie ist bequem, und zwar für alle Beteiligten: der Richter braucht nicht zu genehmigen, der Vater braucht nicht zu spezifizieren, die Verwandten können sich auf ihre gutachtlichen Erklärungen beschränken.

Aber diese Bequemlichkeit ist eben das Gefährliche: wer bürgt dafür, daß nicht unter diesem System der mangelnden Kontrolle zahllose Verkürzungen der Rechte der Kinder sich verbergen?

Darum, wenn über kurz oder lang mit den zahlreichen noch in Geltung gebliebenen „bisherigen Vorschriften“ energischer aufgeräumt werden wird, als dies bei Einführung des BGB. der Fall war, so dürfen wir erwarten, daß auch das Recht der väterlichen Aussage aus dem praktischen Rechtsleben verschwinden wird.

IV.

Zum Begriff „See“ im deutschen Reichsrecht.

Von Professor Dr. Richard Weyl in Kiel.

Für eine nicht geringe Zahl der nach dem gegenwärtigen deutschen Reichsrecht [1]) erheblichen Tatbestände muß es fraglich erscheinen, wie der teils für sich allein, teils in allerhand Zusammensetzungen begegnende, aber gesetzlich nirgends definierte Begriff „See“ zu verstehen ist; namentlich auch, ob er nur auf die hohe, offene See [2]) bezogen werden darf oder auch anzuwenden ist auf die den Zugang zu ihr bildenden Gewässer. Einer Besprechung dieser Zweifel sollen die nachfolgenden Zeilen dienen, und gemäß der Veranlassung zur vorliegenden Festschrift wird dabei insbesondere auf die örtlichen Verhältnisse von Kiel exemplifiziert werden; was von ihnen zu gelten hat, läßt sich dann unschwer unter Berücksichtigung der einschlägigen Veränderungen [3]) auch für andere örtliche Verhältnisse, z. B. Weser- und Elbmündung, Flensburger Föhrde und Alsensund, Stettiner, Frisches und Kurisches Haff verwerten.

---

[1]) Partikularrechtliche Quellen, wie sie z. B. bei Brodmann, Die Seegesetzgebung des Deutschen Reiches (Berlin 1903) No. 2a—c (236 ff.) und No. 38b (966 ff.) angegeben sind, konnte ich für diesen Aufsatz im allgemeinen nicht berücksichtigen.

[2]) Hier und im folgenden sind die Ausdrücke „hohe“ und „offene“ See nicht im speziell völkerrechtlichen Sinne (vgl. unten sub IV) zu verstehen, sondern sie wurden gebraucht, um in Ermangelung einer anderen charakteristischen Bezeichnungsweise auf den im Text angedeuteten Gegensatz hinzuweisen. — Ferner sind „Gesetz“ und „Seerecht“ im weitesten Sinne verstanden.

[3]) Vgl. unten sub VIII und IX wegen der Einwirkung von Ebbe und Flut im Gebiet der Nordsee.

I.

Ausdrückliche Erwähnung findet Kiel in den seerechtlichen Gesetzen nur in zweifacher Hinsicht.

Erstens sagt in Ausführung der Bestimmung der deutschen Reichsverfassung[4]) Art. 53 Abs. II: „Der Kieler Hafen und der Jadehafen sind Reichskriegshäfen“ § 1 des Reichsgesetzes vom 19. Juni 1883, betr. die Reichskriegshäfen,[5]) der Kieler Hafen werde:

> „seewärts im Sinne dieses Gesetzes begrenzt .... durch eine gebrochene Linie, welche auf 10° 20′ Ostlänge von Greenwich von der Küste ab nach Norden bis 54° 28′ Nordbreite gezogen ist und demnächst dieser Breite nach Westen bis zur Küste nördlich von Alt-Bülk folgt“;

und innerhalb dieser Grenze werde:

> „die Fläche des Kieler Hafens durch eine die Nullpunkte der Hafenpegel zu Ellerbeck und Friedrichsort schneidende Horizontalebene ... bestimmt“.

Zweitens sagt § 1 der Bekanntmachung des Bundesrats vom 10. November 1899,[6]) „betr. Ausführungsbestimmungen zum § 25 des Flaggen-Gesetzes“:[7])

> „Als Seefahrt im Sinne des § 1 des Gesetzes vom 22. Juni 1899 ist in den nachstehend aufgeführten Revieren die Fahrt anzusehen:
>
> 8. auf der Kieler Föhrde
>
> außerhalb Stein bei Labö und Bülk“.[8])

---

[4]) Vom 16. April 1871 (BGBl. 64).

[5]) RGBl. 105.

[6]) ZBl. für das Deutsche Reich 380.

[7]) Gesetz, betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899 (RGBl. 319).

[8]) Zur Vermeidung von Mißverständnissen, welche den mit der holsteinischen Geographie nicht genauer vertrauten Lesern zufolge der Fassung der obigen Vorschrift begegnen könnten, sei bemerkt, daß nicht etwa eine Zäsur zwischen den Worten „Stein“ und „bei“ anzunehmen und die Norm so zu verstehen ist, als sei Stein ein vorspringender Punkt (in der Art des Friedrichsorter Leuchtturms), außerhalb dessen eine Linie mit den Endpunkten Labö und Bülk zu denken wäre; vielmehr wird Labö offenbar nur erwähnt, um das nordöstlich davon etwa 4 km entfernt liegende wesentlich kleinere Fischerdorf Stein durch die appositionelle Heranziehung des

Was nun die Tragweite dieser beiden Normen betrifft, so würde sich ihre strikte Beziehung auf die Spezialzwecke des Kriegshafen- bzw. des Flaggengesetzes wohl auch ohne die einschränkenden Bemerkungen[9]) im § 1 des Kriegshafengesetzes und im § 1 der Bundesratsverordnung sowie im § 25 Nr. 1 des Flaggengesetzes von selbst verstehen, und es bedürfte einer diesbezüglichen Bemerkung nicht, wenn es nicht versucht worden wäre, die Bestimmung der Bundesratsverordnung auch in andere Rechtsquellen hineinzuinterpretieren, und wenn nicht bei Richtigkeit dieses Versuchs das gleiche ebensogut etwa auch wegen der Abgrenzung des Kriegshafengebietes versucht werden könnte.[10])

Das Unternehmen von Lewis,[11]) den § 1 der Bundesratsverordnung[12]) zur Erklärung des Begriffes „Seefahrt“ im Handelsgesetzbuch zu verwerten, ist schon längst durch eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. Dezember 1883 (RGZ. 13, 68 ff. No. 22) kritisiert worden, und die spätere Literatur[13])

als Hafen und Badeort bekannteren Labö besser zu kennzeichnen, wie dieselbe Bekanntmachung in No. 6 und 14 im Hinblick auf die Grenzen der Seefahrt „bei Rügen“ und „auf der Elbe“ ganz unmißverständlich von dem „Bok bei Barhöft“ und der „Kugelbake bei Döse“ spricht.

[9]) Derartige einschränkende Bemerkungen („im Sinne ....“) finden sich gerade in den seerechtlichen Quellen auffallend zahlreich; vgl. z. B. die unten sub II erwähnten Verordnungen vom 16. Juni 1903 §§ 1 f. und vom 15. August 1876 § 3, sowie etwa StrandO. vom 17. Mai 1874 (unten sub II) § 42, Not- und Lotsen-Signalordnung vom 14. August 1876 (RGBl. 187) § 4, Bekanntmachung des Bundesrats vom 31. Juli 1887 (unten sub II) sub C 1, Verordnung des Bundesrats vom 29. Juli 1889 (RGBl. 171). Vgl. auch HGB. §§ 479, 679, BinnenSchG. vom 15. Juni 1895 (RGBl. 301) § 1.

[10]) Vgl. auch unten Anm. 114.

[11]) Lewis, Das deutsche Seerecht 1 (2. Aufl. Leipzig 1883), 8; derselbe in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 4 Abt. I (Leipzig 1884), 3/4. — Unzutreffend ist es, wenn Greve, Die Anwendung von See- und Binnenschiffahrtsrecht auf die reichsfiskalische Schleppschiffahrt im Kaiser Wilhelm-Kanal (Erlanger Dissertation 1900, Altona 1901) 18 Anm. 4 Lewis das Moment entgegenhält, daß die Verordnung (vom 13. Nov. 1873) nicht mehr in Kraft ist; vgl. nächste Anm.

[12]) Oder vielmehr ihre Vorläuferin, die Verordnung vom 13. November 1873 (RGBl. 367).

[13]) Vgl. Wagner, Handbuch des Seerechts (Leipzig 1884) 149 f.; sodann namentlich Schaps, Das deutsche Seerecht (Berlin 1906) 7 ff.,

und Judikatur[14]) hat sich dieser Auffassung, zugleich unter Hervorhebung der Inkompetenz des Bundesrats[15]) zu authentischer Auslegung des HGB., angeschlossen.[16]) Und mit Recht hebt z. B. F. Perels gelegentlich[17]) hervor, daß die Bekanntmachung auch nicht passe für die örtliche Abgrenzung, die der Begriff „Seeunfall“[18]) erfordert. — Um so eigentümlicher berührt es, wenn die amtliche Begründung zum Binnenschiffahrtsgesetze[19]) wieder in den gerügten Fehler verfällt, indem sie erklärt: „Was die Abgrenzung der zum See- und zum Binnengebiete gehörenden Gewässer betrifft, so ist in dieser Beziehung die nötige Grundlage schon in den Bestimmungen gegeben, welche der § 1 der Vorschriften über die Registrierung der Kauffahrteischiffe vom 13. November 1873[20]) . . . enthält“.

Gareis-Fuchsberger, Das Allg. deutsche HGB. (Berlin 1891) 882 ff., Burchard, Bergung und Hilfeleistung in Seenot (Hannover 1897) 7 ff.; ferner etwa Lewis-Boyens, Das deutsche Seerecht 1 (Leipzig 1897) 98 f., Loewe, Handelsgesetzbuch Buch IV [Makowers Kommentar (12), Berlin 1900] 1, Leo, Seehandelsrecht (München 1902) 2, Brodmann a. a. O. 5f., Greve a. a. O. 18. — Dagegen nimmt schlechthin auf die Bekanntmachung vom 10. November 1899 (aber zugleich auf die erwähnte Entsch. d. Reichsgerichts) Bezug Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (6) (Stuttgart 1903) 133 Anm. 2.

[14]) Vgl. Entsch. des Hanseat. Oberlandesgerichts vom 17. Januar 1894, Hanseatische Gerichtszeitung 94, 122 ff. No. 42. — Irrig aber noch Entscheidung des Seeamts Stralsund vom 30. März 1885 in den Entscheidungen des Ober-Seeamts und der Seeämter des Deutschen Reichs 6 (Hamburg 1887), 169; vgl. auch Spruch des Seeamts Flensburg vom 1. Februar 1887 ebenda 7 (1888) 336.

[15]) Vgl. hierzu insbes. Wagner a. a. O. 150, Schaps a. a. O. 8, Lewis-Boyens a. a. O. 99, Gareis-Fuchsberger a. a. O. 884 Anm. 1, Leo a. a. O.

[16]) Zur Kritik dieser Literatur vgl. aber in anderen Richtungen unten sub IV. — Wegen Brodmann unten Anm. 24.

[17]) F. Perels, Das allgemeine öffentliche Seerecht im Deutschen Reiche (Berlin 1901) 210 Anm. 1b.

[18]) Perels bespricht a. a. O. das Reichsges. vom 27. Juli 1877, betr. die Untersuchung von Seeunfällen (RGBl. 549). Vgl. zu dieser Angelegenheit auch noch unten sub IX.

[19]) RT. StenBer. IX. LP. III. Sess. 1894/95 Anlagebd. I (Berlin 1895) No. 81 S. 309 ff. auf S. 312. Vgl. dagegen Greve a. a. O. Anm. 3.

[20]) Vgl. zu diesem Datum oben Anm. 12.

Ganz anders liegt die Sache natürlich, wenn die Bekanntmachung des Bundesrats von anderen Normen ausdrücklich herangezogen wird.[21])

II.

Verhältnismäßig einfach ist die Frage, ob Wasserflächen wie die Kieler Föhrde in Betracht kommen oder nicht, auch für einige andere Gesetze zu beantworten, weil diese ebenfalls eine authentische Interpretation der einschlägigen Begriffe bieten.

Die „Seefahrt“ (oben sub I) wird freilich nur noch in § 3 Abs. 2 SeeUVG. vom 30. Juni 1900 (RGBl. 716 ff.) interpretiert und zwar dahin, daß als solche[22]) „nicht nur der Verkehr auf See außerhalb der Grenzen, die durch § 1 der zum § 25 des Flaggengesetzes vom 22. Juni 1899 erlassenen Ausführungsbestimmungen vom 10. November 1899 ... festgesetzt sind,“ gilt,

> „sondern auch die Fahrt auf Buchten, Haffen und Watten der See, nicht aber auf anderen mit der See in Verbindung stehenden Gewässern, auch wenn sie von Seeschiffen befahren werden“.[23])

---

[21]) Es geschieht dies — zum Worte „Seefahrt“ — im § 1 der Schiffsvermessungsordnung vom 1. März 1895 (RGBl. 161), die noch der Verordnung vom 13. November 1873 (oben Anm. 12) gedachte (vgl. aber die Abänderung durch § 29 Abs. 1 des Flaggengesetzes), sowie (vgl. aber näheres unten sub II) im SeeUVG. § 3 Abs. 2 und — zum Worte „Seegrenze“ — im § 1 Ziff. a der Bekanntmachung des Bundesrats vom 16. Juni 1903, betr. die Besetzung der Kauffahrteischiffe mit Kapitänen und Schiffsoffizieren (RGBl. 247) und wegen der Bezugnahme hierauf auch im § 2 der Bekanntmachung des Bundesrats, betr. den Befähigungsnachweis und die Prüfung der Seeschiffer und Seesteuerleute auf deutschen Kauffahrteischiffen vom 16. Januar 1904 (RGBl. 3).

[22]) Abs. 2 verweist in Klammer auf Abs. 1, der folgendes sagt: „Als ein deutsches Seefahrzeug im Sinne dieses Gesetzes gilt jedes ausschließlich oder vorzugsweise zur Seefahrt benutzte Fahrzeug, welches unter deutscher Flagge fährt“.

[23]) Wörtlich ebenso bereits im SeeUVG. vom 13. Juli 1887 (RGBl. 329) § 2 Abs. 2 (vgl. dazu z. B. mein Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, Leipzig 1894, 346 Anm. 2), den irrigerweise Schaps a. a. O. 7 Anm. 1 noch zitiert. — Zu § 3 Abs. 2 vgl. dann noch, auf ihn Bezug

Außerdem aber bestimmt die Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906[24]) (RGBl. 120 ff.) in Abs. 1 ihrer „Einleitung“:

„Die nachfolgenden Vorschriften gelten für alle Fahrzeuge auf See und auf den mit der See im Zusammenhang stehenden, von Seeschiffen befahrenen Gewässern,“

und dieselben Gewässer sind nach § 3 der Kaiserlichen Verordnung über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoß von Schiffen auf See vom 15. August 1876 (RGBl. 189)

„im Sinne dieser Verordnung . . . der See . . . gleichgestellt.“

Mit dem Begriffe „Seefahrt“ operiert dann noch — ihn offenbar gleich dem Begriffe „Seegrenze“, von dem wir dies bereits sub I a. E. feststellten, nach Maßgabe der Verordnung vom 10. November 1899 verstehend, jedoch nicht sowohl ihn wie den Begriff „Nahfahrt“ authentisch interpretierend — die Bekanntmachung vom 16. Juni 1903 (oben Anm. 21), indem sie im § 1, unter Gebrauch des gerade für unser Musterbeispiel interessierenden Ausdrucks „Föhrde“,[25]) sagt:

---

nehmend, § 152 No. 2 und als Gegensatz dazu in No. 3 die Wendung „auf anderen mit der See in Verbindung stehenden, von Seeschiffen befahrenen Gewässern“. — Vgl. ferner die der Bekanntmachung, betr. die Anmeldung unfallversicherungspflichtiger Seeschiffahrts- und verwandter Betriebe vom 21. Juli 1887 (ZBl. 211) beigefügte Anleitung sub 5.

[24]) Wörtlich gleichlautend bereits ihre Vorgängerin, die Kais. Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897 (RGBl. 203), gleichfalls Einleitung Abs. 1. Wegen einer diese Bestimmung betreffenden Äußerung von Perels a. a. O. 210 Anm. 1b vgl. unten Anm. 141. — Zu bemängeln ist es, wenn Brodmann a. a. O. 6 diese Verordnung vom 9. Mai 1897, das SeeUVG. a. a. O. und die sub I besprochene Verordnung vom 10. November 1899, die inhaltlich von einander doch abweichen (vgl. insbes. SeeUVG. a. a. O.) alle gleichzeitig als „für die Fixierung des Begriffs Seefahrt bedeutsam“ erklärt.

[25]) „Föhrden“ werden außerdem noch erwähnt: in § 1 No. 8 (oben sub 1) und 9 („auf der Eckern Föhrde“) der Bekanntmachung vom 10. November 1899, die Kieler Föhrde im besonderen auch noch im § 12 sub b der Betriebsordnung für den Kaiser Wilhelm-Kanal vom 29. Juli 1901 (ZBl. 345).

„Im Sinne dieser Vorschriften ist

a) Nahfahrt: die Fahrt auf Watten, Bodden, Föhrden, Flußmündungen, soweit diese zur Seefahrt gehört, sowie Tagesfahrt in See auf eine Entfernung von nicht mehr als 50 Seemeilen vom Beginne der Seegrenze“.[26])

Eine authentische Interpretation, welche Wasserflächen wie die Kieler Föhrde einbegreift, liegt auch enthalten in No. C 1 der „Grundsätze eines einheitlichen Systems zur Bezeichnung der Fahrwasser und Untiefen in den deutschen Küstengewässern,“ die der Bekanntmachung des Bundesrats vom 31. Juli 1887, betr. die einheitliche Bezeichnung der Fahrwasser und Untiefen in den deutschen Küstengewässern (RGBl. 387) als Anlage beigefügt sind. Denn hier heißt es:

„Fahrwasser im Sinne dieser Grundsätze[27]) ist jeder für Seeschiffe benutzbare Wasserweg, dessen Verlauf durch Seezeichen kenntlich gemacht ist.“[28])

Eine Weiterverweisung auf Bestimmungen der Landesregierungen[29]) beliebt für die Frage

„welche Gewässer bei Anwendung der §§ 20 und 21 der See gleichzustellen sind“

die Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 (RGBl. 73) § 22.

Auch alle vorgenannten Bestimmungen dürfen gleich den sub I besprochenen nur für den eigenen Wirkungskreis der betreffenden Gesetze verwertet werden, was in der Literatur nicht immer genügend beachtet worden ist.[30])

---

[26]) Hier schließt sich dann (in Klammer) der sub 1 a. E. erwähnte Hinweis auf die Bekanntmachung vom 10. November 1899 an, der sich aber wohl auch schon auf die Worte „soweit diese zur Seefahrt gehört“ beziehen soll.

[27]) Mit Recht bemerkt also Perels a. a. O. 202 Anm. 2, daß diese Begriffsbestimmung sich nicht für § 25 der StrandO. (vgl. zu Anm. 29) verwerten läßt.

[28]) Es heißt weiter: „Bis zu welcher Stelle des Fahrwassers landeinwärts diese Grundsätze Geltung haben sollen, bestimmt in zweifelhaften Fällen der Reichskanzler“. Hiervon hängt also in jedem Einzelfall das Genauere ab.

[29]) Diese Bestimmungen sind (Perels a. a. O. 194 Anm. 2 Nr. 1) zum Teil und insbesondere für Schleswig-Holstein unpubliziert geblieben und mir nicht zugänglich gewesen.

[30]) So nimmt v. Möller, Die Untersuchung der Seeunfälle (in Hart-

III.

Mit diesen Vorschriften ist meines Wissens das Material an authentischen Interpretationen erschöpft, das für Situationen wie die unseres Musterbeispiels herangezogen werden kann.

Denn wennschon die (sub II) erwähnte Bekanntmachung vom 16. Juni 1903[31]) außer der „Nahfahrt" auch die „Küstenfahrt", die „kleine Fahrt", die „mittlere Fahrt" und die „große Fahrt" abgrenzt (in demselben § 1 unter Ziff. b, c, d und e), so setzt jede dieser Fahrten erst da ein, wo die vorher genannte aufhört; selbst die auf die Ostsee allein bezügliche „Küstenfahrt" und die neben der Nordsee und dem Englischen Kanal auch die Ostsee mitberücksichtigende „kleine Fahrt" operieren also (jene unmittelbar, diese mittelbar) mit dem Falle, daß „diese Fahrt die Grenzen des Nahverkehrs überschreitet" (Ziff. b a. E.). — Nur „außerhalb" der „Küstengewässer", die er durch seinen Art. 2 genauer abgrenzt,[32]) beansprucht ferner Geltung (laut Art. 1) der Internationale Vertrag vom 6. Mai 1882, betr. die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer (RGBl. 84, 25), auf den dann noch der Internationale Vertrag zur Unterdrückung des Branntweinhandels unter den Nordseefischern

---

manns Zeitschrift für die Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes Jahrg. 5, Berlin 79, 129 ff.) 134 Anm. 25 zum Begriff „Seeunfall" (unten sub IX) Bezug auf die Strandungsordnung und auf die Not- und Lotsensignalordnung a. a. O., sowie auf die inzwischen antiquierte Verordnung vom 23. Dezember 1871 zur Verhütung des Zusammenstoßes der Schiffe auf See (RGBl. 475).

[31]) Sie hebt im § 13 ausdrücklich die einschlägigen Bestimmungen (§§ 1—3, 4 Abs. 2, 15) einer ihrer Vorgängerinnen, der von „Küstenfahrt", „kleiner Fahrt" und „großer Fahrt" redenden Bekanntmachung betr. den Nachweis der Befähigung als Seeschiffer und Seesteuermann auf deutschen Kauffahrteischiffen vom 6. August 1887 (RGBl. 395) auf und desgl. die auf jene Bekanntmachung Bezug nehmende Bekanntmachung des Bundesrats vom 3. Juni 1891, betr. die Führung von Segellustfahrzeugen (ZBl. 144), die von den „räumlichen Grenzen der Küstenfahrt" sprach.

[32]) Eine derartige Abgrenzungsmethode lernten wir schon im Kriegshafengesetz kennen. Vgl. ähnlich (61. Grad) den oben erwähnten Intern. Vertrag vom 6. Mai 1882 auch in Art. 4 Ziff. I und Ziff. II, 1.

auf hoher See vom 14. Februar 1893 (RGBl. 94, 427) in Art. 1 zurückgreift. Und die Breitengrade[33]) (67. bis 75.), auf welche das Gesetz über die Schonzeit für den Fang von Robben vom 4. Dezember 1876 (RGBl. 233) verweist, liegen ebenfalls außerhalb der Interessensphäre unseres Beispiels.[34])

Im übrigen bedienen sich die Seerechtsgesetze keiner Interpretationen oder Grenzziehungen und gebrauchen leider vielfach Ausdrücke, die zu Zweifeln erheblichen Anlaß geben.

Derartige Schwierigkeiten entfallen freilich zunächst, und die Frage nach Einrechnung der Kieler Föhrde oder ähnlicher Wasserflächen ist gegenstandlos in einer Gruppe von Normen,[35]) welche die Tendenz zeigt, die offene See und derartige Flächen zugleich zu betreffen und damit eine Vereinfachung der Tatbestände in ähnlicher Weise herbeizuführen wie (vgl. sub II) das See-Unfallversicherungsgesetz und die Seestraßenordnung. Es ergibt sich dieses Resultat für § 4 des Flaggengesetzes (oben sub I), weil er von den „an der See oder an Seeschiffahrtsstraßen belegenen Gebieten“ redet; ferner für die Bestimmungen des Bundesrats über die zollamtliche Behandlung der deutschen Kriegsschiffe vom 5. August 1872 (MarineVBl. 171) § 1, wo der Fall ins Auge gefaßt wird, daß „deutsche Kriegsfahrzeuge aus einem inländischen Hafen über See oder durch Binnengewässer der See in einem anderen inländischen Hafen ankommen“; sodann für den Allerhöchsten Erlaß vom 27. März 1893, betr. die Führung der deutschen Kriegsflagge und der Reichsdienstflagge der Marine (MarineVBl.

---

[33]) Dieselben Breitengrade nennt die Kaiserl. Verordnung vom 29. März 1877, betr. die Schonzeit für den Fang von Robben (RGBl. 409).

[34]) Die „Küstenschiffahrt“, welche nach § 1 des sie betreffenden Gesetzes vom 22. Mai 1881 (RGBl. 97) das Recht ist, „Güter in einem deutschen Seehafen zu laden und nach einem anderen deutschen Seehafen zu befördern, um sie daselbst auszuladen“, würde an sich hier interessieren, doch werden durch die alsbald zu besprechende Vereinfachung der Sachlage alle Interpretationsschwierigkeiten beseitigt.

[35]) Über das Ges., betr. die Küstenfrachtfahrt, vgl. vorige Anmerkung.

53), der (sub A und B a und b) die Gegensätze „am Lande“ „auf dem Wasser“ bildet.[36])

Immerhin bleibt eine große Anzahl von Seerechtsnormen übrig, welche uns wegen ihrer Ausdrucksweise zwingen, dazu Stellung zu nehmen, wo die Grenze der „See“ zu suchen ist. Teils sind es Gesetze, die von der „hohen See“ oder der „offenen See“ oder von „Seefahrt“, „Seereise“, „Seefischerei“, von „Seeschiff“ oder „Seedampfschiff“, von „Seehandel“, von „Seenot“ oder „Seeunfall“ u. dgl. mehr sprechen,[37]) teils Gesetze, die nicht sowohl der See gedenken, als vielmehr der „Schiffahrt in Häfen, auf Flüssen oder in Binnengewässern“[38]) oder der „der See zunächst gelegenen Binnengewässer“[39]) oder der „Flüsse und sonstigen Binnengewässer“[40]) usw.

IV.

Der allen diesen Ausdrücken gemeinsame oder doch z. B. bei „Binnengewässern“ u. dgl. mittelbar hineinspielende Begriff „See“ ist, wie (oben S. 95) gesagt, in der deutschen Gesetzgebung nirgends ausdrücklich definiert; und daß eine Heranziehung der Verordnung vom 10. November 1899 sich außerhalb ihres eigenen Wirkungskreises und außerhalb derjenigen Quellen, welche auf sie Bezug nehmen, von selbst verbietet, wurde ebenfalls (sub I) schon betont; gleiches ist aber auch für die anderen Fälle authentischer Interpretationen (oben sub II) zu behaupten.

Ebensowenig aber[41]) darf man etwa den völkerrechtlichen Begriff der offenen (hohen) See (mare liberum) und dessen Abgrenzung durch den ebenfalls völkerrechtlichen Begriff der „Küstengewässer“ verwerten wollen.[42]) Natür-

[36]) Vgl. ferner „Aufenthalt des Schiffes im Lande“ und „Küsten von Zollvereinsstaaten“ im § 80 Abs. 3 bzw. § 82 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 (BGBl. 317).

[37]) Zu solchen Ausdrücken genauere Quellenangaben weiter unten.

[38]) Vgl. SeestraßenO. (oben sub II) Art. 30.

[39]) Vgl. BinnenSchG. (oben Anm. 9) § 101.

[40]) Vgl. ebenda § 1.

[41]) Vgl. auch Gareis-Fuchsberger a. a. O. 883.

[42]) Wenigstens für solche Gesetze, die nicht dem Völkerrecht selber

lich nicht darum, weil man hierdurch alle einschlägigen Kontroversen des Völkerrechts — namentlich z. B., ob die „Küstengewässer“ bis zur Kanonenschußweite oder auf eine Entfernung von drei Seemeilen[43]) zu rechnen seien[44]) — auch in die übrigen Rechtsgebiete, etwa in das interne Seehandelsrecht, hineinziehen und die Entscheidung somit wesentlich komplizieren würde; wohl aber, weil zu solchem Rückgriff auf Völkerrecht jede Befugnis fehlen würde. Wenn die Anwendbarkeit völkerrechtlicher Definitionen schon z. B. abgelehnt oder doch mindestens sehr stark bezweifelt und mit größter Vorsicht behandelt werden muß[45]) gegenüber einer Zivilrechtsnorm, die mit dem Begriffe „Krieg“ operiert — der doch immerhin ein zwischen mehreren Völkern sich abspielender Tatbestand ist, dessen Voraussetzungen in formaler und materieller Hinsicht zu regeln in die Sphäre der völkerrechtlichen Disziplin gehört —, so muß man eine derartige erklärende Funktion völkerrechtlicher Anschauungen um so strikter leugnen gegenüber einem Begriffe, der wie die „See“ doch nur gewissermaßen akzidentiell neben den sonstigen Disziplinen auch das Völkerrecht interessiert.[46])

---

angehören, wie die sub III erwähnten Internationalen Verträge vom 6. Mai 1882 und 14. Februar 1893; vgl. ferner wegen des Ges., betr. die Untersuchung von Seeunfällen § 2 No. 2a unten sub IX.

[43]) Der Begriff „Seemeile“ selber, der in den deutschen Seerechtsgesetzen nicht selten anzutreffen ist (vgl. unten Anm. 185), wird gelegentlich, nämlich in Art. 3 des Internationalen Vertrags vom 6. Mai 1882 (oben sub III) im Sinne des vorangehenden Artikels als „der 60. Teil eines Breitengrades“ erklärt.

[44]) Vgl. zu dieser Frage aus der Literatur des Völkerrechts z. B. v. Liszt (2, Berlin 1902) 196 ff., Rivier (Stuttgart 1889) 156 ff., Gareis, (2, Gießen 1901) 83 ff., Störk in v. Holtzendorffs Handbuch (Hamburg 1887) 2, 474 f., Bonfils-Grah (3, Berlin 1904) 256 ff.

[45]) Vgl. meinen Aufsatz über Soldatentestamente in China, ArchÖffR. 16 (Leipzig 1901), 115 ff., insbes. 119 ff., und dazu, inhaltlich wohl übereinstimmend, Gareis, Der Begriff des Krieges im bürgerlichen Recht, PosMSchr. 4 (1901) No. 8/9, 131 ff.

[46]) Die Sache liegt also analog wie wenn (vgl. mein System der Verschuldungsbegriffe, München 1905, insbes. 99, 136 f., 445) generell die Identität der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Verschuldensbegriffe behauptet werden wollte.

Mangels anderer Hilfsmittel will nur die Literatur[47]) und Judikatur[48]) des Seerechts die „See“[49]) für jeden örtlichen Fall gesondert nach Maßgabe derjenigen Anschauungen begrenzen, die hierüber in der seemännischen Bevölkerung herrschen und ihrerseits in Zusammenhang stehen mit den speziellen Gefahren, welche die Elemente auf der hohen See hervorrufen, sowie mit der Isoliertheit des Schiffes und dergleichen Umständen sonst.[50])

Ich schließe mich diesem Zurückgreifen auf die Ansicht der seemännischen Bevölkerung — welches übrigens weiter nichts ist als ein besonderer Anwendungsfall des allgemeinen Prinzipes, daß der Richter sich gerade bei dem interessierten Kreise selber sachverständige Belehrung erholen und dessen „Verkehrsanschauung“[51]) zu ermitteln hat[52]) — ebenso an, wie ich (sub II) in der Leugnung einer offiziellen Anwendbarkeit der Bekanntmachung vom 10. November 1899 die herrschende Ansicht billigte. Ich muß aber zweierlei hinzufügen. Erstens habe ich Bedenken gegenüber der mehrfach[53]) geäußerten, jedoch nirgends genauer begründeten Behauptung, daß tatsächlich immerhin diese seemännische Anschauung und die Bestimmungen der genannten Bekanntmachung identisch sein dürften; muß man doch wenigstens mit der Möglichkeit rechnen, daß diese Bekanntmachung als „Verordnung vom grünen Tische“ nicht auf unbedingt zuverlässigen und unwandelbaren[54])

---

[47]) Vgl. Wagner a. a. O. 150, Schaps a. a. O. 7, Lewis-Boyens a. a. O. 99, Greve a. a. O. 18 f., Leo a. a. O. 2.

[48]) Vgl. RG. 13, 72 (oben sub I) und 32, 106 (1894, No. 28), Entsch. vom 6. Dezember 1893.

[49]) Ganz allgemein und nicht bloß, wie Brodmann a. a. O. meint, nur „im Gebiete des Handelsrechts“.

[50]) Vgl. hierzu bereits den Entwurf eines HGB. für die Preußischen Staaten, Teil II (Motive), Berlin 1857, 214.

[51]) Vgl. zu F. Perels 196 Anm. 3 unten zu Anm. 134.

[52]) Vgl. mein oben Anm. 46 genanntes Werk insbes. 110, 128/129 über die „Verkehrsanschauung“ als Richtschnur für die Abmessung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ und über die Befragung gerade derjenigen Kreise, gegen deren Verhalten ein Verstoß vorliegen soll.

[53]) Vgl. Wagner und Greve a. a. O., Schaps S. 9, sowie RG. 13 a. a. O.

[54]) Vgl. auch unten Anm. 56 darüber, daß in anderen Angelegenheiten andere Grenzziehungen beliebt worden sind.

Ermittelungen aufgebaut sei; und läßt doch sogar ein in der Rechtsprechung und Literatur erörtertes[55]) (auf Hamburger Verhältnisse bezügliches) Beispiel starke Disharmonien erkennen. Zweitens aber erscheint es mir sehr fraglich, ob bestimmtere, festere Anschauungen gerade bezüglich unserer Frage in der seemännischen Bevölkerung und in den Kreisen derer, welche sich für Seewesen interessieren, überhaupt vorhanden sind; wenigstens hat eine von mir angestellte private Enquête mir den Eindruck sehr großer Unsicherheit der Leute selber erweckt.[56])

V.

Nehmen wir nun aber immerhin an, daß durch Befragung der seemännischen Interessenten eine Abgrenzung der „See“ und in unserem Falle also die Feststellung zu ermöglichen sei, wo, von Kiel aus gerechnet, das eigentliche Meer beginnt, so sind noch keineswegs alle Zweifel gelöst, vor welche die gegenwärtige Gesetzgebung uns führt.

Ich will hier nicht auf solche Normen eingehen, bei denen der Tatbestand infolge anderer ihm angehöriger Momente

---

[55]) Vgl. die oben Anm. 14 erwähnte Entsch. des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 17. Januar 1894 und dazu Burchard a. a. O. 13, sowie neuestens auch Ehlers in den Verhandlungen des Nautischen Vereins, 37. Vereinstag 1906 (Oldenburg i. Gr. 1906) 126.

[56]) Von den 12 Personen (aus Kreisen der Marineoffiziere, Werftbeamten, Kapitäne von Föhrdedampfern, Bootführer und Fischer), die ich befragte, meinten zwar die meisten, die Grenze sei zwischen Stein und Bülk (vgl. oben sub I). Aber einer behauptete, die Grenze liege zwischen Stein und Labö, und ein anderer war der Ansicht, die Grenze sei dieselbe wie die des Reichskriegshafens und wie die Zolllinie; letzteres ist richtig (vgl. Ziff. e der Verordnung vom 19. Febr. 1884, Amtsbl. der Kgl. Regierung zu Schleswig vom 1. März 1884 S. 188 No. 247, wo aber in Ziff. a und d betreffs der Haderslebener und Flensburger Föhrde andere Grenzen angegeben werden, als in No. 11 und 10 der Bekanntm. vom 10. Nov. 1899, oben sub I); dagegen ergibt sich ein wesentlich anderer Lauf der Grenze des Kriegshafens (oben sub I) schon daraus, daß dieser durch eine „gebrochene Linie“ gebildet wird, deren westlichen Endpunkt zwar gleichfalls Bülk bildet, deren östlicher (durch eine diesbezügliche Tafel gekennzeichneter) Endpunkt jedoch von Stein etwa 4 km Luftlinie (5 km Weges am Strande entlang in der Richtung nach Schönberg) entfernt liegt.

Schwierigkeiten macht, wie es bekanntlich z. B. für das vierte Buch des HGB. darauf ankommt, ob das betreffende Schiff „zum Erwerbe durch Seefahrt bestimmt“ (HGB. § 474)[57]) ist. Ich will vielmehr nur noch einige gesetzliche Vorschriften beleuchten, bei denen, obwohl die Eigenschaft des Schiffes als „Seeschiff“[58]) unbedingt feststeht,[59]) Bedenken in der Richtung auftauchen, ob es zur Erfüllung des sonstigen gesetzlichen Tatbestandes erheblich oder gleichgültig ist, daß sich das Schiff im kritischen Augenblick in einem Wasserbecken, wie die Kieler Föhrde — ich will solche Becken einschließlich der Flüsse (z. B. Elbe) verstehen und fortab als „Zugangsgewässer“ zur See bezeichnen — und nicht auf hoher, offener See befindet. Die Erheblichkeit dieser Sachlage (bei der es im übrigen gleichgültig[60]) sein wird,[61]) ob es sich um die Ausreise oder um die Rückkehr des Schiffes handelt, oder ob[62]) das Schiff dies Zugangsgewässer[63]) auf der Fahrt zwischen zwei anderen Plätzen berührt) mag mittels eines Beispiels illustriert werden.

Ein Schiff,[64]) das von Kiel nach Lübeck will, gerät noch innerhalb der Föhrde, in der Höhe von Möltenort, zufolge einer Kesselexplosion in Brand und versinkt. Passagiere und

---

[57]) Wegen Cretschmar und Gareis vgl. unten Anm. 91.

[58]) Also ein Schiff, das nur oder vorzugsweise auf hoher See fährt, gleichviel, wie im übrigen sein Charakter (Dampfschiff, Segelschiff, Boot, Kriegsschiff, Handelsschiff, Vergnügungsschiff usw.) beschaffen ist.

[59]) Bzw. eventuell indifferent ist; vgl. zu BGB. §§ 16 und 2251 unten sub VI und VII, insbes. auch Anm. 91.

[60]) Vgl. in dieser Hinsicht z. B. Planck Kommentar 1 (3) (Berlin 1903), 83 Anm. 2 zu § 16, Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht I (2) (Marburg 1901), 52 Anm. 4.

[61]) Darum soll im weiteren Verlauf im allgemeinen nur der Fall der Ausreise in die hohe See besprochen werden.

[62]) Diesen Fall ziehen Planck und Enneccerus-Lehmann a. a. O. nicht in Betracht.

[63]) Als solches würde auch der die Kieler Föhrde und die Elbmündung verbindende Kaiser Wilhem-Kanal (Nordostseekanal) zu behandeln sein.

[64]) Es soll nachstehend nur an ein deutsches Schiff gedacht werden, damit unsere Erörterungen nicht etwa noch durch Fragen des Internationalen Privatrechts (vgl. auch unten Anm. 84) kompliziert werden.

Mannschaft werden durch herbeieilende Möltenorter Fischer gerettet bis auf eine Person, über deren Verbleib später nichts zn ermitteln ist, die aber kurz vor dem Sinken des Schiffes noch vor drei Zeugen mündlich ein Testament gemacht hatte. Den Möltenorter Fischern ist es auch gelungen, Teile des Schiffes und der Ladung in Sicherheit zu bringen. Ob nun auf diesen Tatbestand z. B. BGB. § 16 von der sog. „Seeverschollenheit“, BGB. § 2251 von dem sog. „Seetestament“, HGB. §§ 740 ff. von der „Bergung und Hilfeleistung in Seenot“ und HGB. § 820 Abs. 2 No. 1 von der Gefahrstragung des Versicherers für „Seeunfälle“ sowie auch das Gesetz vom 27. Juli 1877 betr. die „Untersuchung von Seeunfällen“ anwendbar seien, soll sub VI—IX geprüft werden.

VI.

Für die sog.[65]) „Seeverschollenheit“ verlangt BGB. § 16, daß sich der Verschollene „bei einer Seefahrt auf einem während der Fahrt untergegangenen Fahrzeuge befunden hat.“ Ist es nun also eine „Seefahrt“, wenn das in See gehende Schiff noch diesseits der von seemännischen Sachverständigen angenommenen Grenze der offenen See war?

Nach Auffassung der Motive, denen sich eine Anzahl von Schriftstellern[66]) ausdrücklich, andere Autoren[67]) inhaltlich anschließen, ist die Frage bejahend zu beantworten.

---

[65]) Dem Gesetz selber ist dieser Ausdruck fremd, er findet sich aber fast durchgängig sowohl in den Materialien — Mot. a. a. O. 38, 39 a. E., 46, Prot. 1 (Berlin 1897), 7 f., Denkschr. (2) (Berlin 1896) 12 — wie in der Literatur.

[66]) So Scherer, Allg. Teil des BGB. (München 1897) 38, Neumann, Handausgabe (2) (Berlin 1900) 12 Anm. 1. Über Cretschmar unten Anm. 91.

[67]) So Planck und Enneccerus-Lehmann a. a. O., Dernburg, Bürg. Recht 1 (Halle 1902), 132 Anm. 10, Fischer-Henle, BGB. (7) (München 1906) 10 und wohl auch Matthiass, Lehrb. des bürg. Rechts 1 (3) (Berlin 1900) 78 Anm. 3, B. Lehmann in den Annalen des Deutschen Reichs (München 1901) 129, Dressel, Bestimmungen über Verschollenheit und Todeserklärung (Berlin 1902), 14 Anm. — Über Katz unten Anm. 82.

Denn Mot. 1, 41 (zu E. I § 8) sagen: „Als Seefahrt im Sinne der Vorschrift gilt auch die Fahrt, welche ein Seefahrzeug auf einem den Zugang zur See bildenden Binnengewässer zurücklegt.“ Aus welchem Grunde freilich die Motive zu dieser apodiktischen Behauptung gelangen, bei der sie geradezu den Ton eines Gesetzgebers[68]) anschlagen, ist nicht im mindesten ersichtlich, und so wird man ihrer Behauptung keinen zwingenden Wert beimessen dürfen.

Man hat also das Wort „Seefahrt“ aus sich selber heraus zu erklären und wird alsdann zu der Entscheidung gelangen, daß im konkreten Falle eine Seefahrt nicht vorlag. Denn „Seefahrt“ ist doch wohl[69]) Fahrt auf der See, nicht Fahrt auf die See hinaus oder von der hohen See, die man bereits wieder verlassen hat, in den Hafen zurück. So wenig ich bei richtigem Sprachgebrauche sagen dürfte, ich hätte „auf einer Landfahrt“ den X. getroffen, falls die Begegnung noch innerhalb der Stadt erfolgte, oder „auf einer Bergtour“, sofern ich noch am Fuße des Berges war, ebensowenig hat die „Seefahrt“ schon mit Besteigen des Schiffes und vor Überschreitung der Seegrenze angefangen; ich habe mich nur erst zwecks Seefahrt an Bord begeben, beginne aber zusammen mit dem Schiff die Seefahrt erst, wenn das Schiff jene Grenze passiert. Anderenfalls wäre es ja nicht abzusehen, von wo an man z. B. bei einer Fahrt elbabwärts die „Seefahrt“ bereits rechnen solle, ob statt etwa von Cuxhafen schon von Glückstadt oder schon von Altona-Hamburg oder schon von Wittenberge, von Magdeburg, von Dresden ab, wo sich vielleicht der Eigentümer einer „seegehenden Lustyacht“[70]) an Bord begab, um bis Helgoland zu fahren. Um den Vergleich mit der Bergtour wieder heranzuziehen, würde es hier dem bei der Droschkenfahrt zum Kieler Bahnhof Verunglückten in den Kopf wollen, wenn sich die Versicherungs-

---

[68]) Vgl. oben Anm. 9 sowie etwa BGB. §§ 90 ff., EGBGB. Artt. 2, 5 f.

[69]) Anders freilich Planck a. a. O., der zwar zugibt, daß seine Auffassung mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht in Einklang steht, aber meint, daß sie den „der Auffassung des Lebens entsprechenden Sinn“ des § 16 wiedergebe.

[70]) Vgl. unten Anm. 200.

gesellschaft, von der er Unfallentschädigung beansprucht, darauf beriefe, im Vertrage seien ja Unfälle bei „Bergtouren“ ausgeschlossen?

Gegen die Stichhaltigkeit der Bemerkung in den Motiven habe ich mich bereits in meinen Vorträgen über das BGB.[71]) ausgesprochen. Inzwischen ist die gleiche Ansicht auch von Hölder,[72]) Loewenfeld,[73]) Müller und Meikel[74]) und Rehbein[75]) vertreten worden.[76]) Ihr könnte freilich entgegengehalten werden, daß, wenn man von Zweck und Ziel der Reise absieht und lediglich den Effekt maßgebend sein läßt (d. h. den Ort, wo der Untergang des Fahrzeugs stattfand), der Zufall das entscheidende Wort spricht; aber auch diesen Einwand habe ich bereits damals mit der Erwägung zu widerlegen versucht, daß ja überall da, wo der Gesetzgeber zeitliche oder räumliche Grenzlinien zieht, wo er also durch Einführung von Fristen oder Zonen den gordischen Knoten durchschlägt,[77]) stets ein inkommensurabler Rest von Willkürlichkeiten übrig bleibt.

Gegen Planck, den einzigen Autor, welcher die Auffassung, schon die Fahrt auf dem Zugangsgewässer zur hohen See sei zur Anwendung des § 16 BGB. genügend, eingehen-

---

[71]) 1 (München 1898), 132 Anm. 1.

[72]) Hölder im Beckschen Kommentar 1 (München 1900), 112 Anm. 1 b.

[73]) Loewenfeld im v. Staudingers Kommentar 1 (2, München 1904), 103 Anm. 3 a α.

[74]) Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs (2) 1 (München 1904), 21.

[75]) Rehbein, BGB. mit Erläuterungen 1 (Berlin 1899), 9. Er ist der einzige von den genannten Autoren, der seine Annahme motiviert und zwar damit, daß erst das Meer mit seinen Gefahren erreicht sein müsse.

[76]) Die übrigen Verfasser von Kommentaren, Lehrbüchern und Vortragswerken schweigen zu obiger Kontroverse; desgleichen aus der Spezialliteratur zur Verschollenheitslehre. z. B. Riesenfeld, Verschollenheit und Todeserklärung . . . mit Rücksicht auf die Vorschläge des Entwurfs eines BGB. (Breslau 1891), insbes. 80 f., v. d. Decken in den SchlHolstAnz. 54 (Glückstadt 1890), 209 ff., insbes. 213, Kuhlenbeck in der JW. 24 (Berlin 1895) 369 ff. — Judikatur zu BGB. § 16 existiert noch nicht.

[77]) Vgl. auch die Bemerkungen in meinem System der Verschuldensbegriffe (oben Anm. 46) 121, 578.

der begründet,[78]) sei noch folgendes bemerkt: Zwar unter dem „Antritt der Reise“, den § 16 Abs. 2 als Anfangspunkt zur Berechnung der ein- bis dreijährigen Frist für die Vermutung des Schiffsunterganges aufstellt, verstehe ich allerdings gleichfalls[79]) „den Zeitpunkt, in welchem das Fahrzeug den Hafen verlassen[80]) hat, auch wenn es noch nicht sofort in die offene See gelangt ist“.[81]) Aber weshalb die Notwendigkeit, auf einen noch in der Flußmündung erfolgenden Untergang des Fahrzeugs statt des § 16 den § 17 BGB. anzuwenden, gegen eine strikte Auslegung des Wortes „Seefahrt“ sprechen soll, ist mir nicht ersichtlich.[82]) Wenn Planck wegen des Unterganges eines nur auf einem Flusse fahrenden Schiffes meint, daß sich hier Leben oder Tod der auf dem Schiffe befindlichen Personen regelmäßig ohne Schwierigkeit feststellen lasse und daß darum besondere Vorschriften über die Zulässigkeit der Todeserklärung entbehrlich erschienen seien, so trifft diese Argumentation auf breitere Flüsse, aus denen die Leichen doch sehr oft mit dem Strom in die offene See gezogen werden, wohl schwerlich zu; und

---

[78]) Denn eine eigentliche Motivierung ist es nicht, wenn B. Lehmann a. a. O. sagt: „es liegt kein Grund vor, die für die Seefahrt geltenden Vorschriften für den relativ kurzen Zeitraum auszuschließen, wo sich das Fahrzeug in einem nicht zur See zu rechnenden Gewässer befindet, und hierdurch Veranlassung zu haarspaltenden Tüfteleien zu geben“. Daß es trotzdem zu solchen „Tüfteleien“ kommen könnte, bzw. unter Umständen kommen müßte, vgl. unten vor Anm. 85 (sowie unten Anm. 114).

[79]) Mot. a. a. O. äußern sich darüber nicht.

[80]) Noch genauer: die Anker gelichtet; vgl. unten sub VII S. 119.

[81]) Praktisch wird dies und gar die in der vorigen Anmerkung berührte Modifikation in den weitaus meisten Fällen unerheblich bleiben, weil Ankerlichten, Verlassen des Hafens und Erreichung der offenen See doch wohl an demselben Tage (BGB. § 18 Abs. 2) stattfinden werden.

[82]) Ebensowenig vermag ich mich Katz, Verschollenheit und Todeserklärung, Erlanger Dissertation 1899, anzuschließen, der 23 f. aus den Worten „Antritt der Reise“ im § 16 Abs. 2 folgert, daß die Seeverschollenheit auch Vorgänge in den in die offene See mündenden Binnengewässern umfaßt; denn § 16 Abs. 2 betrifft doch nur den Spezialfall, daß auch das Schiff selber verschollen ist, und mußte für die dortige Fristberechnung einen festen Ausgangspunkt bieten.

da bei Schiffskatastrophen auf Binnenseen,[83]) wie den holsteinischen, märkischen, mecklenburgischen, hannoverschen und masurischen,[84]) oder auf Haffen die Schwierigkeit der Feststellung, ob einer der an Bord befindlich Gewesenen noch am Leben sei oder nicht, keine geringere sein dürfte, als wenn sich die Katastrophe auf der Kieler Föhrde ereignete, so ist nicht abzusehen, wo man die räumlichen Grenzen zu suchen hätte, bis zu denen die Stichhaltigkeit der Planckschen Erwägungen anerkannt werden müßte. Allen solchen[85]) Schwierigkeiten geht man aus dem Wege, sofern man eben nur die Fahrt auf offener See dem § 16 unterstellt.

Ebensowenig wie außer den Motiven die sonstigen Materialien[86]) geben übrigens auch die Vorläufer[87]) des BGB. einen Anhalt zur Deutung des § 16. Denn entweder sprechen sie[88]) von „Schiffen“ schlechthin, die untergingen, oder sie gebrauchen ähnlich undeutliche und somit die Zugangsgewässer gleichfalls in Frage bringende Ausdrücke, z. B. „in See gegangen“,[89]) „in Seegefahr verunglückt“[90]).

---

[83]) Daß im § 16 mit dem Ausdruck „Seefahrt“ nur eine Fahrt auf der See, nicht eine Fahrt auf einem See gemeint ist, bedarf nicht der Erörterung.

[84]) Interessante Probleme des Internationalen Privatrechts würden auftauchen können, wenn das Ereignis auf dem Bodensee stattfand.

[85]) Die Schwierigkeiten in Abgrenzung der „See“ (oben sub IV) vermeidet man allerdings, wenn man sich der Planckschen Ansicht anschließt. Vgl. hierzu wegen B. Lehmanns Argumentation oben Anm. 78.

[86]) Vgl. außer den oben Anm. 65 angegebenen Stellen noch Prot. 6, 111, RTKommB. 3 ff.

[87]) Soweit sie mir bei Abfassung dieser Studie zugänglich waren; über einige andere hier nicht genannte Gesetze vgl. Mot. 1, 39 f., Gierke, Deutsches Privatrecht 1 (Leipzig 1895), 372 Anm, 51, Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 1 (3, Berlin 1893), 312 Anm. 40, v. Roth, System des deutschen Privatrechts 1 (Tübingen 1880) § 61 Anm. 26, 35, 38, 40 ff., 91, 96.

[88]) So PrALR. I, 1 § 36, Österr. BGB. § 24, Sächs. BGB. § 41. — Code civil Artt. 112 ff. schweigt über Seeverschollenheit.

[89]) PrG. vom 24. Februar 1851, betr. die Todeserklärung in See gegangener verschollener Personen (GS. 23) §§ 2 und 3.

[90]) BayAG. zur älteren ZPO. und KO. v. 23. Februar 1879 Art 105; vgl. auch Loewenfeld a. a. O. 102 Anm. 1.

Wie es BGB. § 16 auf den Charakter des Schiffes nicht weiter ankommen läßt,[91]) so muß es, wenn man das Wort „Seefahrt“ allein betont, auch gleichgültig erscheinen,[92]) ob das Schiff freiwillig oder unfreiwillig (durch Sturm verschlagen) die Seegrenze passierte, wie auch umgekehrt ein von der See unfreiwillig in die Föhrde getriebenes Schiff, das in dieser untergeht, nicht unter § 16 zu stellen wäre.

Was zu § 16 BGB. ausgeführt wurde, muß auch im Prinzip für alle anderen Quellen geltend gemacht werden, welche das Wort „Seefahrt“ gebrauchen (im Prinzip nur, denn gerade zu diesem Worte lernten wir schon mehrere authentische Interpretationen kennen).[93]) Zu nennen wären außer einigen anderen Vorschriften[94]) namentlich HGB. §§ 474, 484, 489 Abs. 1, 509 Abs. 1, 510 Abs. 1 und Einführungsgesetz dazu Artt. 6 u. 7, wo von „Erwerb durch die Seefahrt“ bzw. „Verwendung eines Schiffes zur Seefahrt“ die Rede ist:[95]) Eigenschaften, die, wenn sie einmal fest-

---

[91]) Vgl. oben Anm. 58. Unzutreffend erscheint es daher, wenn Cretschmar, Das Bürgerliche Recht 1 (Düsseldorf 1902), 8 sagt: „Mot. 1, 39, Seefahrt, Reise eines zum Erwerbe durch solche bestimmten Schiffes, HGB. § 474“ (auch die dortige Verweisung auf RG., SeuffA. 38. 32 ist nicht glücklich). Ebensowenig hätte Gareis in seinem Kommentar zum Allg. Teil des BGB. (Berlin 1900) 28 Anm. 1 auf HGB. § 474 verweisen sollen.

[92]) Vgl. ebenfalls (mit Bezug auf Haffe) bereits meine Vorträge a. a. O.

[93]) Vgl. über FlaggenG. § 25 No. 1 nebst Bekanntmachung vom 10. November 1899 § 1 Abs. 1 u. 2, SchiffsvermessungsO. § 1 Abs. 1 und SeeUVG. § 3 Abs. 1 und 2 oben sub I und II; über die inhaltlichen Abweichungen oben Anm. 24.

[94]) FlaggenG. § 1 Abs. 1 und § 26 Abs. 2 („zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmte Schiffe“) und § 6 Abs. 1 und 2 („die Seefahrt betreiben“); Verordnung, betr. den Geschäftskreis, die Einrichtung und die Verwaltung der deutschen Seewarte vom 26. Dezember 1875 (RGBl. 385) § 1 No. 1 („Zum Geschäftskreise der Seewarte gehören: 1. die Förderung der Seefahrten im allgemeinen“); vgl. ferner folgende Anm. Antiquiert ist (vgl. Bekanntm. vom 16. Juni 1903 § 13, oben sub II) § 1 No. 3 der Bekanntm. vom 6. August 1887 (oben Anm. 31), wo es hieß: „mit Fahrzeugen, welche nach ihrer Bauart und Ausrüstung zu selbständiger Seefahrt nicht bestimmt sind“.

[95]) Oder vielmehr in EGHGB. a. a. O. davon, daß die betreffenden Schiffe nicht zum Erwerb durch Seefahrt bestimmt sind bzw. daß ihre

stehen (vgl. oben 108), natürlich dem Schiffe überall treu bleiben[96]) und so auch in den Zugangsgewässern.

VII.

Das sog. „Seetestament“[97]) darf nach BGB. § 2251 errichten, wer sich „während einer Seereise an Bord eines deutschen, nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeugs außerhalb eines inländischen Hafens befindet“.

So auffallend es zunächst ist, daß das Gesetz, welches im § 16 von einer „Seefahrt“ gesprochen hatte („bei“ der man sich „auf“ einem Fahrzeuge befand), im § 2251 (und ebenso im § 2252 Abs. 3) von einer „Seereise“ redet („während“ derer man sich „an Bord“ befand), so wenig kann darin eine Veränderung des Tatbestandes — etwa in der Richtung, daß die „Reise“ von längerer Dauer als die „Fahrt“ sein müsse — erblickt werden. Unausgeglichenheiten im Sprachgebrauche des BGB. sind zahlreich und von mir in meinem „System der Verschuldungsbegriffe“[98]) für verschiedene Stellen des BGB. aufgedeckt worden.

Auch hier meine ich, wie zu § 16 BGB., daß, wer sich zwar an Bord eines Seeschiffes, aber nicht jenseits der Grenze

Verwendung zur Seefahrt nicht des Erwerbes wegen erfolgt. Wie in Art. 6 auch in den Ausführungsbestimmungen vom 26. März 1903 zum Allerhöchsten Erlasse vom 7. Februar 1903 (RGBl. 199), betr. die Führung des Eisernen Kreuzes auf der Handelsflagge (ZBl. 143) sub 8b.

[96]) Vgl. aus der einschlägigen, hier nicht näher zu besprechenden Judikatur, neuestens z. B. ein Erkenntnis des Oberlandesgerichts Kiel vom 14. Dezember 1904 in den SchlHolstAnz. 69 (Glückstadt 1905), 97 f.

[97]) Dieser Ausdruck gehört ebenso wie „Seeverschollenheit“ (vgl. oben Anm. 65) nur den Materialien (vgl. Mot. 5, 286 ff.) und der Literatur an. — Mißverständlich in der Richtung auf die Schiffsbesatzung könnte der Ausdruck „Seefahrertestament“ bei Endemann-Gareis, Einführung in das Studium des BGB. (Berlin 1896) 368 gedeutet werden.

[98]) Vgl. (z. B. wegen „Zögern“, „Zögerung“, „verzögern“, „unverzüglich“, „Verzug“; wegen „böslich“ und „böswillig“; wegen „widerrechtlich“ und „rechtswidrig“; wegen „Arglist“ und „Hinterlist“) die Zusammenfassung a. a. O. § 84 S. 624 f.

des eigentlichen Meeres, sondern noch innerhalb eines Zugangsgewässers befand, nicht in der Lage ist, gemäß § 2251 zu testieren. Es fehlt ja auch wohl die Veranlassung zur Inanspruchnahme dieses privilegium causae. Ist man noch so sehr in der Nähe des Ufers, so wird man sich, wenigstens von Fällen der Schiffskatastrophen abgesehen und wenn nur etwa eine heftige Erkrankung des Testators (z. B. des sub VI erwähnten Yachteigentümers) vorliegt, noch immer leicht ans Land setzen und von der im § 2249 BGB. angegebenen Form der Testamentserrichtung vor dem Gemeindevorsteher Gebrauch machen können, ganz zu geschweigen des holographischen Testaments, das doch nur aus besonderen Umständen in der Person des Testators (Schreibensunkunde oder -unfähigkeit) außer Betracht bleiben würde.[99])

Übrigens bieten zu § 2251 die Materialien[100]) gar keine Auskunft und in der Literatur[101]) sind es nur Dernburg[102]) und Planck,[103]) welche sich äußern und zwar zugunsten der Anwendbarkeit des § 2251 auf Fahrten in den Zugangsgewässern. Was die gesetzgeberischen Vorläufer der §§ 2251 f. anlangt, so entspricht es unserer Auffassung, wenn ALR. I, 12 §§ 205 ff. den Fall voraussetzen,[104]) daß der

---

[99]) Vgl. meinen oben Anm. 45 erwähnten Aufsatz über Soldatentestamente in China S. 117 f. Schwierigkeiten, die in der Sachlage beruhen (Mangel an Schreibmaterial, Schwankungen des Schiffes) schließen die Anwendbarkeit des § 2251 dennoch aus, weil ja nach §§ 2250, 2240 ff. sofort ein Protokoll aufgenommen werden muß.

[100]) Vgl. Mot. a. a. O. (zu E. I § 1929), Prot. 5, 346 ff., D. 431, KommB. 322.

[101]) Nicht zugänglich war mir die Schrift von Hallbauer, Testamentsrecht (3, Leipzig 1905).

[102]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 5 (Halle a/S. 1905), 99 Anm. 14.

[103]) Planck (Ritgen) 5 (Berlin 1902), 473 Anm. 2. — Aufs engste an Planck, jedoch ohne ihn zu nennen, schließt sich (vgl. auch unten Anm. 108) an Dennler, Das Seetestament, in der JustdRundsch. 4 (München 1905) No. 14, 209 ff., insbes. 210.

[104]) ALR. a. a. O. § 205. Im § 207 wird der Ausdruck „wirklich auf der See“ wohl, wie der Zusammenhang lehrt, mehr im Gegensatze zu „am Land“ gebraucht. — Vgl. für Preußen ferner das G. vom 8. Juni 1860,

Testator „auf einem Schiffe wirklich in See sich befindet,“ und wohl auch, wenn der Code civil artt. 988 ff. zu wiederholten Malen[105]) betont, daß das Testament „sur le mer“, „en mer“ errichtet sei, während es nach dem österreichischen[106]) BGB. § 597 genügt, wenn es sich um Anordnungen handelt, „welche auf Schiffahrten ..... errichtet werden“.

Nicht nur mißverständlich im Ausdrucke,[107]) sondern auch inhaltlich bestreitbar ist Plancks[108]) Bemerkung: „Überdies ist die Frage, ob eine Seereise beendigt ist, im Sinne des § 2251 auch nach den persönlichen Verhältnissen des Erblassers zu beurteilen. Die Vorschrift findet daher nicht Anwendung, wenn das Schiff den das Endziel seiner Reise bedeutenden fremden Hafen bereits erreicht hat, der Erblasser aber wegen Krankheit es nicht verlassen kann“. Denn die „Seereise“ ist doch wohl von Erreichung der hohen See bis zur Wiederüberschreitung der Grenze eines deutschen Hafens von der hohen See her zu rechnen und nicht dadurch unterbrochen, daß das Schiff in einem ausländischen[109]) Hafen vor Anker gegangen ist.

---

betr. die Befugnis der Auditeure u. (GS. 240) § 12 („mit dem Augenblicke . . ., wo das Schiff oder Fahrzeug wirklich in Dienst gestellt ist und den Hafen verlassen hat“).

[105]) Code civil Artt. 988, 994, 996, 997 und zwar der Eingangsartikel 988 besonders deutlich mit den Worten ‚sur mer dans le cours d'un voyage‘. — So auch schon Ordonnance de la marine von 1681 Art. 81 (les testaments faits sur mer); vgl. L. Perels, Testamente auf See, in der MarineRundsch. 11 II (Berlin 1900) 1002 (dort überhaupt interessante Zusammenstellungen über die Geschichte des Seetestaments).

[106]) Das Sächsische BGB. (§§ 2109 ff.) enthält keine einschlägige Spezialvorschrift, was sich wohl aus Mangel an aktuellem Sonderinteresse für Sachsen erklärt. — Die in den Mot. 5, 287 und bei L. Perels a. a. O. 1010 f. erwähnten, größtenteils außereuropäischen Gesetze, welche Vorschriften über Seetestamente enthalten, waren mir nicht zugänglich.

[107]) Vgl. („persönliche Verhältnisse“) in BGB. §§ 1779 Abs. 2 Satz 1, 1839, 2047 Abs. 2.

[108]) Wegen Dennler vgl. oben Anm. 103.

[109]) Freilich ist es zweifelhaft, ob Planck unter einem „fremden“ Hafen den Gegensatz zu einem „inländischen“ versteht, von welchem im § 2251 die Rede ist, oder einen vom Ausfahrthafen verschiedenen, eventuell also deutschen Hafen.

[illegible] schlechthin von einer
[illegible] § 16 BGB. wegen der
[illegible] wie EGBGB. Art. 44 [110])
[illegible] auch noch davon,
[illegible] an dessen Bord er ist. [112])
[illegible] Hafens" befindet
[illegible] unserigen die Frage [illegible]
[illegible]

die offene See beginnt, oder ob er minder weit[114]) reicht. Wer sich dagegen der Dernburgschen und Planckschen Auffassung anschließt, daß die Seereise schon in dem Augenblicke beginnt, in welchem das Schiff losfährt, muß sich noch mit dem Ausdrucke „Hafen“[115]) auseinandersetzen und wird dabei auf allerhand Schwierigkeiten[116]) stoßen, die bei

---

[114]) Etwa nur bis zur Grenze der sog. „Binnenföhrde“ gegen die sog. „Außenföhrde“ (bei Friedrichsort) oder nur bis zur Grenze des sog. „Handelshafens“ gegen den oben sub I erwähnten „Kriegshafen“ (bei der Wilhelminenfähre nach Gaarden). — Bedeutungslos ist es natürlich, wieweit die Landkarten (z. B. die Generalstabskarte) den Begriff „Kieler Hafen“ (bzw. „Kieler Föhrde“, vgl. oben Anm. 25) erstrecken. — Eine Befragung der Interessenten würde über die Grenzziehung vermutlich noch viel weniger Übereinstimmung als sub IV ergeben.

[115]) Er ist in der Reichsgesetzgebung ungemein häufig zu finden; vgl. namentlich Handelsgesetzbuch und Seemannsordnung sowie z. B. Gesetz, betr. die Untersuchung von Seeunfällen (oben Anm. 18) und Vereinszollgesetz (oben Anm. 36). Sehr oft gerade mit dem Zusatze „inländisch“, „ausländisch“, „europäisch“, „außereuropäisch“ und vielfach in Zusammensetzungen wie Heimats-, Bestimmungshafen oder dergl., von denen für uns nur (vgl. unten sub X) „Seehafen“ von Interesse ist, wie er in der Reichsverfassung Art. 54 Abs. 3, RStempG. vom 14. Juni 1900 (RGBl. 275) § 32 nebst Novelle vom 3. Juni 1906 (RGBl. 615) Anlage 3 Art. 1 No. 6a u. b und im G., betr. die Küstenfrachtfahrt § 1 (oben Anm. 34) begegnet.

[116]) Für den Begriff „Hafen“ wird es wohl nicht als maßgebend zu betrachten sein, daß darunter im geographisch-technischen Sinne wohl jedes natürliche oder künstliche Bassin zu verstehen ist, welches einen gewissen Schutz gegen Wind und Wetter bietet (und bisweilen, wie die Kieler Föhrde, noch eine Anzahl Sonderhäfen, z. B. in Labö und an der Schwentinemündung, aufzuweisen hat). Es wird vielmehr seerechtlich mehr auf wirtschaftliche Momente ankommen, namentlich auf Vorhandensein von Lade- und Löschungsplätzen und -vorrichtungen (vgl. die Tatbestände des HGB. §§ 522 Abs. 2, 563 Abs. 1, 714, 875 Abs. 1, 879 Abs. 2 und SeemO. § 45 Abs. 2), sowie auf die Anwesenheit gewisser seerechtlicher Spezialbehörden (vgl. die Tatbestände aus SeemO. §§ 18, 24 Abs. 2, 29, 47, FlaggenG. § 15, SchiffsvermessungsO. § 33 Abs. 1). Jedenfalls zum mindesten im Sinne des uns interessierenden § 2251 BGB. wird man eine derartige engere Begrenzung des „Hafens“ anzunehmen haben, weil den Gegensatz des dortigen Tatbestandes doch wohl der Fall bilden soll, daß das Schiff in leicht erreichbarer Nähe eines Richters oder Notars oder eines Gemeindevorstehers vor Anker liegt.

strenger Auslegung des Wortes „Seereise" eben in Fortfall kommen.

Dies Wort „Seereise" habe ich im sonstigen Reichsrechte nur noch in zweien auf das Auswanderungswesen bezüglichen Normen[117] angetroffen; in den anderen deutschen Gesetzen scheint es überhaupt nicht mehr zu begegnen und z. B. das Handelsgesetzbuch wie die Seemannsordnung begnügen sich, von der „Reise" schlechthin[118] zu sprechen, worunter dann je nach dem sonstigen Tatbestande der betreffenden Einzelnorm Vorgänge in den Zugangsgewässern bald einbegriffen bald ausgeschlossen werden können oder müssen.[119]

Wenn das Personenstandsgesetz im § 61 von Beurkundung der Geburten und Sterbefälle handelt, „welche sich auf Seeschiffen während der Reise ereignen", so dürfte es bei dieser an den Ausdruck „Seereise" allerdings anklingenden, mit ihm aber keineswegs gleichbedeutenden Wendung einem Zweifel nicht unterliegen,[120] daß zwar Schiffe gemeint sind, die in See zu gehen pflegen, der vom Schiffer zu beurkundende Vorgang selber sich aber sehr wohl in einem Zugangsgewässer abgespielt haben kann.[121]

---

[117]) G. über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897 (RGBl. 463) § 29 Abs. 1 und Bekanntmachung, betr. Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer vom 14. März 1898 (RGBl. 39) §§ 5 No. 17, 9 No. 15, 16, 17, 20. In diesen Bestimmungen wird man übrigens, aber nur wegen des speziellen Wortlautes (G. vom 9. Juni 1897 a. a. O.) bzw. wegen des sonstigen Inhalts der Norm (Bekanntm. vom 14. März 1898 a. a. O.), anzunehmen haben, daß die „Seereise" bereits mit dem Ankerlichten beginnt.

[118]) Bzw. von Ausreise, Rückreise, Zwischenreise, Bodmereireise.

[119]) Vgl. z. B. HGB. §§ 522 f., 534 ff., 549, 553 einerseits und §§ 528, 547 andererseits.

[120]) Vgl auch F. Perels a. a. O. 106 Anm. 2 (ebenso L. Perels, Die Seemannsordnung, Berlin 1902, 86 Anm. 2), Hinschius, Personenstandsgesetz, wo (2, Berlin 1876, 182 Anm. 12) das Schlagwort „Segelschiffe" natürlich auf einem Druckfehler beruht.

[121]) Gerade daß BGB. § 2251 sich nicht an obige Wendung angelehnt hat, kann als ein Argument gegen die von Dernburg und Planck vertretene Ansicht erscheinen.

VIII.

Während das BGB. mit dem Begriff „See“ außer im § 16 (der in Abs. 2[122]) auch noch die „Ostsee“[123]) erwähnt) und im § 2251 (nebst dem sich diesem anschließenden § 2252) nirgends weiter operiert, hat naturgemäß das HGB., namentlich in seinem dem „Seehandel“ ausdrücklich gewidmeten Buch IV,[124]) der „See“ und gewisser Zusammensetzungen mit „See“ weit häufiger gedacht. Die „See“ allein habe ich allerdings nur im § 1 No. 5 und § 517 Abs. 3 erwähnt gefunden; es werden aber noch außer der schon sub VI besprochenen „Seefahrt“ eine Anzahl Komposita genannt, von denen ein Teil wenigstens[125]) für die Frage, ob auch Zugangsgewässer und die sich in ihnen abspielenden Vorgänge in Betracht kommen, interessieren wird. Ich meine die Worte: „Seegefahr“ (HGB. § 693 zweimal und § 849 Abs. 3), „Seeleute“ (EG. HGB. Art. 8 No. 4), „Seemannsbrauch“ (§ 514 Abs. 1),

---

[122]) Derselbe § 16 Abs. 2 erwähnt noch mehrfach das „Meer“ (europäische, außereuropäische Meere, Mittelländisches, Schwarzes und Azowsches Meer; vgl. HGB. §§ 483, 861, WO. Artt. 78 f.). Damit und mit Erwähnung eines „Hafens“ in dem sub VII besprochenen § 2251, sowie in EGBGB. Art. 44 sind aber auch alle Vorschriften des BGB. erschöpft, welche für seerechtliche Fragen im weitesten Sinne nicht bloß von ganz mittelbarem Interesse sind. Vgl. höchstens etwa noch die Erwähnung der Schiffe und Schiffsregister in §§ 435, 1259 ff., sowie die Erwähnung einer Schiffspart im § 1272. Der im § 196 No. 3 begegnende „Schiffer“ und die im EGBGB. Art. 125 genannten „Dampfschiffahrtsunternehmungen“ können auch ins Binnenschiffahrtsrecht (vgl. über Flußbett und Flößereirecht EGBGB. Art. 65) gehören.

[123]) Die Abgrenzung dieses Begriffes ist natürlich von der der „Seefahrt“ abhängig, so daß also (vgl. oben sub VII) m. E. die Zugangsgewässer nicht dahin gehören.

[124]) Aus HGB. Buch I—III vgl. nur die im Text erwähnten §§ 1 No. 5 und 368 Abs. 2.

[125]) „Seemannsamt“ (§ 749 Abs. 3 in der Fassung des ReichsG. vom 2. Juni 1902, RGBl. 218), „Seemannsordnung“ (§ 548 in derselben Fassung, § 706 No. 5 und EGHGB. Art. 8 No. 3 und dazu jetzt SeemO. vom 2. Juni 1902 § 138), „Seeraub“ (§ 820 Abs. 2 No. 4), „Seeräuber“ (§§ 706 No. 5 und 6, 861 No. 2), „Seeuntüchtigkeit“ „seetüchtig“, „seeuntüchtig“ (§§ 479 Abs. 1 und 2, 513, 559 Abs. 1, 821 No. 1), „Seeversicherung“ (§ 778), „Seewasser“ (§ 820 Abs. 2 No. 1).

„Seenot“ (Überschrift zu Abschn. VIII, sowie § 740 Abs. 1 und 2), „Seeschiff“ (EGHGB. Art. 6 und Art. 19 No. 2), Seeschiffahrt (§§ 778 und 853, Überschrift zu Abschnitt X und EGHGB. Art. 8 No. 4), „Seeschiffer“ (§ 363 Abs. 2) und „Seeunfälle“ (§§ 820 Abs. 2 No. 1 und 851 Abs. 2 zweimal).

In allen diesen Normen dürfte doch wohl nur an die eigentliche See zu denken und ein Zugangsgewässer wie die Kieler Föhrde außer Betracht zu lassen sein,[126]) und es würde kaum erforderlich erscheinen, darüber auch nur ein Wort zu verlieren, wenn nicht das Gegenteil zum Begriffe „Seenot“ behauptet worden wäre und demgemäß dann vielleicht ebensogut etwa zu den Begriffen „Seegefahr“ oder „Seeschiff“, „Seeschiffahrt“ usw. behauptet werden könnte.

In ziemlich[127]) konstanter Judikatur haben nämlich die interessierten Gerichte,[128]) denen auch die Literatur[129]) mit

---

[126]) Vgl. jedoch auch hier natürlich das oben S. 120 zwischen Anm. 118 und 119 Bemerkte.

[127]) Vorsichtig und bedenklich äußern sich insbesondere für den Fall, daß das Schiff im geschlossenen Hafenbassin liegt, die Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Oktober 1881, 5 (1882), 89 ff. No. 23 (insbes. 91) und die Entscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 13. Oktober 1888 bzw. 24. Mai 1893 in der HansGZ. 88, 276 No. 120 und 93, 153 No. 52.

[128]) Vgl. Entscheidung des Ober-Appellatonsgerichts Lübeck vom 5. Juli 1866 bei Kierulff, Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck 2 (1866) (Hamburg 1867), 510 ff. (insbes. 513) und in der HansGZ. 66, 279 ff. No. 38, Entscheidung des Landgerichts Hamburg vom 22. Juni 1888 und des Hanseat. Oberlandesgerichts vom 11. März 1889 in der HansGZ. 89, 93 f. No. 35, sowie in SeuffA. 44 (1889), 340 f. No. 208. — Eine Reihe weiterer Entscheidungen (in denen hanseatische Gerichte ohne besondere Untersuchung in einschlägigen Fällen Seenot angenommen haben), die sich wohl noch vermehren ließe, vgl. bei Burchard a. a. O. 40 Anm. 1—4 (Hamb. Handelsgericht vom 13. Juli 1865 und 29. April 1872, Hanseat. Oberlandesgericht vom 9. Dez. 1875 und 17. Nov. 1888, HansGZ. 65, 244 No. 31; 72, 206 No. 167; 76, 182 No. 120; 89, 10 No. 5.

[129]) Vgl. Lewis, Seerecht (oben Anm. 11) 2, 165, Schaps a. a. O. 702 Anm. 4, Brodmann a. a. O. 144 Anm. 2, Gareis-Fuchsberger a. a. O. 1133, F. Perels, öffentl. Seerecht (Berlin 1884) 313 f., Bartelt, Der Anspruch auf Berge- und Hilfslohn nach Deutschem Seerecht (Greifswalder Dissertation 1899) 25 (ohne wesentliche Begründung und unter ziemlich

alleiniger Ausnahme von Burchard[130]) gefolgt ist, angenommen, eine „Seenot“ könne auch auf Flüssen und Binnengewässern[131]) eintreten und die Anwendbarkeit der §§ 740 ff. HGB. herbeiführen.

Es muß aber dieser Auffassung energisch widersprochen werden. Der Grund, welcher für sie geltend gemacht worden, daß nämlich die mit der Seefahrt überhaupt verbundenen Gefahren und die aus der Isoliertheit des Schiffes sich ergebende Angewiesenheit auf fremde Hilfe auch in den Zugangsgewässern Platz greifen, kann nicht stichhaltig erscheinen oder aber müßte legislatorisch ebensogut auch für größere Landseen (vgl. oben sub VI) anerkannt werden. Und vor allem widerspricht jener Ansicht m. E. der Ausdruck „Seenot“ selber aufs deutlichste.

Denn das Wort „Seenot“ gestattet doch wohl nur zwei Möglichkeiten der Auslegung: entweder im Sinne der auf der hohen See[132]) entstandenen oder[133]) im Sinne der durch sie hervorgerufenen Not — zumeist wird beides gleichzeitig vorliegen —; und in beiden Fällen wäre eine Ausdehnung des Begriffs auf Vorgänge in den Zugangsgewässern höchstens dann zulässig, wenn ausnahmsweise das bereits in „Seenot“ befindliche Schiff nach dem Eingange des Zugangsgewässers verschlagen wurde oder wenn die

---

flüchtiger Nachprüfung der Judikatur), Schneider in GoldschmidtsZ. für Handelsrecht 56 (Stuttgart 1905) 38, Wasmund, Das räumliche Geltungsgebiet der Vorschriften über Hilfeleistung in Seenot nach dem öffentlichen Seerecht des Deutschen Reiches (Greifswalder Dissertation 1900) 13 f. (wo jedoch der Satz „wie man aus dem Namen entnehmen könnte“ wohl besser hinter die Worte „nicht nur“ zu stellen gewesen wäre).

[130]) Burchard (oben Anm. 13) 38 ff., jedoch nicht mit aller Schärfe und Unbedingtheit, immerhin aber der bisherigen Judikatur gegenüber skeptisch. Gegen Burchards Beweisführung insbes. auch Störk in v. Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Ergänzungsband III (Freiburg 1897) 242.

[131]) Das BinnenSchG. selber (§§ 92 ff.) spricht nur (§ 93) von einer „Gefahr“, in der sich das Schiff befindet.

[132]) Dies scheint trotz Streichung der Worte „auf offener See“ die Anschauung der Kommission zur Beratung des AHGB. gewesen zu sein; vgl. Prot., herausg. von Lutz, Teil VIII (Würzburg 1863) 4145.

[133]) Wie bei „Hungersnot“, „Feuersnot“, „Wassersnot“.

elementaren Fährnisse, welche ein lebhafter Seegang hervorzurufen vermag, durch Weiterrollen der Wellen ins Zugangsgewässer fortgepflanzt und etwa in der Elb- und Wesermündung noch durch die Einwirkung von Ebbe und Flut gesteigert werden. Von solcher indirekten Fortpflanzung der „Seenot“ ist aber wiederum in der Judikatur und Literatur nicht die Rede.

Auch die sonstigen Quellen, in denen der „Seenot“ Erwähnung geschieht, bieten keinen Anhalt, das Wort auf Vorgänge in den Zugangsgewässern zu beziehen. So insbesondere die Strandungsordnung (oben sub II) in der Überschrift zu Abschn. II („Von dem Verfahren bei Bergung und Hilfsleistung in Seenot“), sowie im § 4 („ein auf den Strand geratenes oder sonst unweit desselben in Seenot befindliches Schiff“), § 9 Abs. 2 („während der Seenot“), § 35 Abs. 1 („Gegenstände, welche in Seenot vom Strande aus geborgen sind“) und die Instruktion zur Strandungsordnung vom 24. November 1875 (ZBl. 750), § 1 Abs. 1 („wenn ein Schiff vor der deutschen Küste oder in deutschen Gewässern in Seenot gerät“), § 2 („solange ein Schiff sich in Seenot befindet“), § 4 („im Falle einer Seenot“), § 5 („Reeder und Versicherer eines in Seenot geratenen Schiffes“). Und wenn F. Perels[134]) 196 Anm. 3 meint, die Erstreckung des Begriffes „Seenot“ auch auf Binnengewässer sei „auf die nach Gesetz oder Verkehrsauffassung der See gleichzuachtenden Binnengewässer zu beschränken“, so befinden wir uns mit diesem Autor zwar in Berücksichtigung der Verkehrsanschauung in Übereinstimmung (vgl. oben sub IV), müssen aber auch hier (vgl. I und II) die Befugnis leugnen, aus anderen Gesetzen[135]) eine Gleichstellung der Binnengewässer mit der See abzuleiten. Im Gegenteil müssen wir die im § 4 StrandO. und im § 1 der Instruktion zu ihr gebrauchten Wendungen „Strand oder unweit desselben“ und „deutsche Küste“, „deutsche Gewässer“ wegen

[134]) Oben Anm. 17. Er äußert sich gegen Bartelt (oben Anm. 129) 25 und unter Berufung auf Burchard (oben Anm. 130), bes. 29.

[135]) Das oben sub II wegen StrandO. § 22 Bemerkte interessiert hier nicht.

der gleichzeitigen Erwähnung der „Seenot“ auf die durch die hohe See bestimmten oder doch noch in deren allerunmittelbarsten[136]) Nähe gelegenen Distrikte einschränken.

Natürlich ist der einfache Ausdruck „Not“ in Artt. 31 und 32 der Seestraßenordnung (oben sub II) auf alle Notfälle, gleichviel in welchem Wasser sich das betreffende „Fahrzeug“ befindet, zu verstehen; um so mehr, als ja diese Seestraßenordnung, wie wir schon (a. a. O.) feststellten, auch auf die Zugangsgewässer angewendet sein will. Aber gerade daraus, daß das Wort „Not“ schlechthin im Handelsgesetzbuch nicht Verwertung gefunden hat, wird man eine Bestärkung unserer strikten Auslegung der „Seenot“ erblicken können und darum die gegnerische Auffassung ablehnen müssen, die doch geradezu auf eine willkürliche Vertauschung des Ausdrucks „Seenot“ mit dem Ausdrucke „Not eines Seeschiffes“ herauskommt.

IX.

In den fast zahllosen sonstigen Quellen, die sich neben dem HGB. auf seerechtliche Angelegenheiten, sei es des Privatrechts, sei es des öffentlichen Rechts beziehen, begegnet man, zum größten Teil wenigstens,[137]) den sub VIII erwähnten Ausdrücken[138]) oder solchen Ausdrücken, die mit jenen nahe verwandt sind,[139]) naturgemäß wieder, und es muß

[136]) Die von uns sub V angenommene Situation bei Möltenort würde hierzu m. E. nicht ausreichen.

[137]) Nicht fand ich sonst noch die Ausdrücke „Seemannsbrauch“, „Seeräuber“, „Seeraub“ und „Seeversicherung“.

[138]) Wegen „Seefahrt“ vgl. bereits oben sub VI und VIII, wegen „Seeunfall“ und „See“ unten S. 127 ff. und sub X, wegen „Seegefahr“, „Seeleute“, „Seeschiff“, „Seeschiffahrt“ und „Seeschiffer“ insbes. z. B. SeeUVG. (§§ 1, 4, 12 f., 20 f., 49, 58, 106, 151 f., Überschrift zu Abschn. IX), GewO. (§§ 6, 31), die Reichsgesetze vom 2. Juni 1902 (RGBl. 175 ff., 212 ff.), die Bekanntmachung vom 16. Januar 1904 (oben Anm. 21) nebst Anlagen, Personenstandsges. a. a. O. (oben S. 120), Reichsverf. Art. 52 Abs. 2 u. 3. — Zu den oben Anm. 125 erwähnten Ausdrücken „Seemannsamt“, „Seemannsordnung“, „Seeuntüchtigkeit“ usw., insbes. Seemanns-Ordnung und See-Unfallversicherungsgesetz.

[139]) So „Seefahrtsbuch“, „Seefahrzeuge“, „Seefischereifahrzeuge“, „Seeschiffahrtsbetrieb“, „-kundige“, „-straßen“, „-zeichen“, „Seedampf-

ebenso wie für das Geltungsgebiet des HGB. auch für das aller übrigen Quellen als Prinzip behauptet werden, daß „See" hier[140] gleichfalls im Sinne der hohen See, also für Kiel mit Ausschluß der Föhrde, zu verstehen ist. So selbstverständlich diese Behauptung auch hier erscheint, so wenig darf sie aber auch diesbezüglich als gänzlich unbestritten betrachtet werden.

Es findet sich nämlich wegen der „Seeunfälle" in Theorie[141] und Praxis[142] die Ansicht vertreten, daß dieser Begriff auch auf die Zugangsgewässer zu erstrecken sei. Wenngleich man nun diese Auffassung allenfalls soweit billigen könnte, als sie die Nordsee beträfe, bei der sich die sub VIII erwähnte Einwirkung von Ebbe und Flut in Betracht ziehen ließe, so wird man ihr widersprechen müssen, was die in der Judikatur begegnenden Fälle des Greifswalder Boddens,[143] des Hafens von Schleswig,[144] des alten Eiderkanals bei Flemhude[145] und gerade auch unserer Kieler

schiffe", „Seehandelsschiffe", „Seemann", „Seesteuermann", „seemännische Bevölkerung", „Seemannskassen". Vgl. namentlich auch hier SeemO. (§§ 7, 9, 11, 16 f., 19, 43, 107, 114, 132) und SeeUVG. (§§ 1, 3, 69), aber auch z. B. FlaggenG. (§§ 4, 26), InvVG. vom 13. Juli 1899, RG. Bl. 463 (§§ 1 No. 3, 52, 62), RV. (Art. 4 No. 9, Art. 53 Abs. IV), Bekanntmachungen vom 16. Januar 1904, oben Anm. 21 (§§ 1 ff., 4, 12, 16, 32, 53) und 5. Mai 1904, RGBl. 163 (§§ 9, 11, 13). — Über „Hochseefischereifahrzeuge" unten Anm. 164.

[140]) Vgl. jedoch das oben 120 Bemerkte.

[141]) Vgl. Schaps (oben Anm. 13) 694 Anm. 2, F. Perels (oben Anm. 17) 210 Anm. 1 b, dieser unter vergleichender Heranziehung der Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897 (jetzt Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906), Einleitung (oben sub II), jedoch unter Ablehnung einer Heranziehung der V. vom 10. November 1899 (oben sub I) und des SeeUVG. (oben sub II). — Über v. Möller bereits oben Anm. 30.

[142]) Weitere Judikatur, als die unten angegebene, habe ich zum Begriff „Seeunfall" hinsichtlich der Örtlicheit nirgends, auch nicht in den Erkenntnissen der Seeämter und des Ober-Seeamtes, gefunden.

[143]) Entsch des Ober-Seeamts vom 13. Oktober 1884 in Bd. 6 der in Anm. 14 erwähnten Sammlung a. a. O.

[144]) Spruch des Seeamts Flensburg vom 1. Februar 1887, gleichfalls oben Anm. 14.

[145]) Entsch. des Ober-Seeamts vom 29. Dezember 1892, ebenda 10 (1894), 360 ff., insbes. 365 ff.

Föhrde[146]) betrifft. Denn der Ausdruck „Seeunfall“ ist m. E. nicht anders als der schon sub VIII besprochene Ausdruck „Seenot“ — und wie ferner etwa der Ausdruck „Seegefahr“[147]) — nur auf Vorgänge zu beziehen, welche auf der hohen See und (oder) durch deren spezifische Gefahren hervorgerufen werden.

Von dieser strengen Interpretation des Begriffes „Seeunfall“ muß allerdings eine Ausnahme gemacht werden. Sie bezieht sich auf den Anwendungskreis des Gesetzes vom 27. Juli 1877,[148]) betr. die Untersuchung von Seeunfällen, und damit allerdings auf die für dieses Wort wichtigste Quelle, zu der auch die erwähnten Äußerungen der Literatur und Judikatur gehören. Die Hereinbeziehung der Zugangsgewässer rechtfertigt sich hier aber nicht etwa dadurch,[149]) daß im Kommissionsberichte[150]) zu diesem Gesetz die angedeutete Auffassung[151]) geäußert[152]) und damit motiviert wird, es seien „die Worte „Seeunfall“ und „Kauffahrteischiffe“ genügend deutlich . . . ., um jeden Zweifel darüber auszuschließen, daß der Untersuchung durch die Seeämter

---

[146]) Spruch des Seeamts Flensburg vom 18. April 1896, ebenda 12 (1899), 39. Einen die Kieler Föhrde betreffenden Fall neueren Datums (Zusammenstoß des Schraubendampfers „Podbielski“ von Kiel mit einem Schleppzuge der Kaiserlichen Marine am 20. August 1902 in der Nähe der „Seebadeanstalt“) erörtern Spruch des Seeamts Flensburg vom 4. November 1902 und Entsch. des Ober-Seeamts vom 28. April 1903 in Bd. 15 (1905), 111 ff.

[147]) Vgl. oben sub VIII und sub IX Anm. 138.

[148]) Oben Anm. 18.

[149]) Das Erkenntnis vom 29. Dezember 1892, oben Anm. 145, beruft sich ausdrücklich auf den Kommissionsbericht; ebenso beruft sich darauf Caesar, Handbuch der deutschen Reichsgesetzgebung betr. Seeunfälle (Bremen 1882) 10 Anm. 1.

[150]) Abgedruckt in den Drucks. d. DR. 2. LP. IV. Sess. 1876 Bd. III Nr. 120 S. 2.

[151]) Und zwar in folgenden Richtungen: „auch wenn solche Schiffe sich auf Flüssen oder Binnengewässern befinden oder im Hafen sich bewegen oder dort festliegen oder beim Stapellauf eines für die Seeschiffahrt bestimmten Schiffes“.

[152]) A. a. O. wird ferner bemerkt, daß entgegenstehende Anträge abgelehnt worden seien.

alle Unfälle ... unterliegen sollen, von welchen für die Seeschiffahrt bestimmte Kauffahrteischiffe auf dem Wasser betroffen werden“, vielmehr erscheint mir diese Begründung durchaus unzureichend. Wenn ich allerdings dennoch zu dem nämlichen Endergebnisse gelange und damit gleichzeitig die Kompetenz der Seeämter zur Untersuchung auch der Unfälle auf Binnengewässern zugebe, so glaube ich mich auf § 2 des Gesetzes stützen zu dürfen. Indem dieser nämlich in No. 2a in den Anwendungskreis des Gesetzes neben den Unfällen deutscher Kauffahrteischiffe auch die Unfälle ausländischer Kauffahrteischiffe einstellt, „wenn der Unfall sich innerhalb der deutschen Küstengewässer ereignet hat“, würde es doch ein eigentümliches Gesamtbild abgeben, wollte man nicht auch Unfälle der deutschen Kauffahrteischiffe in den „Küstengewässern“ als „Gegenstand der Untersuchung“ durch die Seeämter betrachten; da nun aber ferner unter den Begriff der „Küstengewässer“ doch wohl[153]) auch die Zugangsgewässer gehören, so wären diese also unbedingte Objekte für das Interesse unseres Gesetzes, gleichviel ob das verunglückte Kauffahrteischiff ein deutsches oder ein ausländisches ist. Danach wird man also den Ausdruck „Seeunfall“ auch schon in der Überschrift des Gesetzes nicht wörtlich, sondern mehr im Sinne von „Unfall eines Seeschiffes“ — und zwar speziell eines zum Erwerb durch Seefahrt bestimmten Kauffahrteischiffes — zu verstehen genötigt sein.

Die angedeutete Ausnahme darf aber nur soweit anerkannt werden, als das besprochene Gesetz selber von Seeunfällen redet (vgl. §§ 1, 2 und 35) oder in anderen Gesetzen

[153]) Freilich ist der Begriff der „Küstengewässer“ ebenso unbestimmt (und m. E. für inländische Normen nur ebenso bestimmbar) wie der Begriff „See“ (vgl. oben sub IV). Die z. B. von F. Perels 211 Anm. 4 gegebene Abgrenzug entspricht der völkerrechtlichen Anschauung, diese ist aber m. E. zwar für § 2 Nr. 2a, aber nicht für § 2 Nr. 1 („deutsche Kauffahrteischiffe“) maßgebend; vgl. das oben sub IV Ausgeführte. Zweifel bleiben noch immer auch bei einem Vereinigungsversuche, wie dem obigen, bestehen, so wegen derjenigen Teile von Flüssen, die sich schon in größerer Entfernnng von der offenen See befinden und, wie namentlich die Schlei bei Schleswig (oben Anm. 144), mit ihr nicht mehr in dem für „Küstengewässer“ doch wohl anzunehmenden Zusammenhange stehen.

herangezogen wird. Letzteres ist der Fall namentlich[154]) im SeeUVG. (oben sub II) § 73[155]), in dessen Überschrift und sonstigem Text[156]) das Wort „Unfall“ aber natürlich nicht auf einen solchen hinweist, der einem Schiffe begegnet ist, sondern auf einen solchen, der — vielleicht ganz unabhängig von einer Schiffskatastrophe, möglichenfalls aber kausal durch sie herbeigeführt — eine der im § 1 des Gesetzes bezeichneten Personen betroffen hat.

Wo die deutsche Gesetzgebung sonst noch „Seeunfälle“ erwähnt,[157]) kann vollends an eine der wörtlichen Auslegung widersprechende extensive Deutung nicht gedacht werden.

X.

Wenngleich ich betreffs der sehr zahlreichen übrigen auf die See bezüglichen Wendungen und Worte, die in den deutschen Seerechtsquellen[158]) zu finden sind, nichts von weiteren Kontroversen über die Tragweite und speziell über die Frage nach der Einbeziehung oder Nichteinbeziehung der Zugangsgewässer entdeckt habe, so ist die Möglichkeit solcher Kontroversen angesichts der erörterten Zweifel zu den Begriffen „Seefahrt“, „Seereise“, „Seenot“ und „Seeunfall“ nicht unbedingt ausgeschlossen. Es wird also immerhin lohnend er-

[154]) Vgl. ferner den ZirkularErl. an die Kaiserlichen Konsulate zur Ausführung des Ges., betr. die Untersuchung von Seeunfällen vom 23. November 1877 (ZBl. 634) Abs. 1 und 3 Nr. 1 (und — „Unfall“ — No. 2).

[155]) Abs. 1 erwähnt das Gesetz, betr. die Untersuchung von Seeunfällen selber und spricht unter Hinweis auf § 14 von den zur Kenntnis gewisser Behörden gelangenden Seeunfällen, Abs. 2 spricht von der „bei Seeunfällen“ bestehenden Anzeigepflicht.

[156]) Vgl. Abs. 2 des in der vorigen Anm. erwähnten § 73; ferner §§ 1, 65 ff., 133 f., 136, 164 und gewisse Zusammensetzungen, z. B. in §§ 34, 50, 71 f., 142.

[157]) Außer HGB. §§ 820, 851, oben sub VIII, vgl. Bek. vom 16. Januar 1904 (ohen Anm. 21) Anlage II D 8, III D 11 und IV D 11 (wonach Gegenstände gewisser Prüfungen unter anderen „Kenntnis der Rettungsmaßregeln bei Strandungen und anderen Seeunfällen“ bilden); sodann Ges. über das Auswanderungswesen (oben Anm. 117) § 30 und Bek. vom 14. März 1898 (ebenda) § 7 No. 31 und § 9 No. 23.

[158]) Vgl. oben Anm. 2.

scheinen, einen wenn schon flüchtigen Blick auch noch jenen Quellenausdrücken zu schenken.

Am zweckmäßigsten dürfte mit der Erwähnung der „hohen“ bzw. „offenen“ See begonnen werden.

Die „hohe See“ wird ausdrücklich genannt im Titel des schon sub III gestreiften Internationalen Vertrages vom 16. November 1887/14. Februar 1893 „zur Unterdrückung des Branntweinhandels unter den Nordseefischern auf hoher See“ sowie im Titel und im § 1 seines Ausführungsgesetzes dazu vom 4. März 1894.[159]) Was hier unter „hoher See“ zu verstehen sei, wird in Art. 1 des Vertrages authentisch interpretiert, indem er sagt: „die Bestimmnngen dieses Vertrages finden in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer und innerhalb der durch den Art. 4 des Haager Vertrages vom 6. Mai 1882, betr. die polizeiliche Regelung der Fischerei festgestellten Grenzen Anwendung“. Gemeint ist der „Internationale Vertrag, betr. die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer“,[160]) und die „Küstengewässer“ werden wiederum in Art. 2 Abs. 1 und 2 dieses Vertrages authentisch dahin erklärt, daß sie die „Gebiete bis zu drei Seemeilen[161]) Entfernung von der Niedrigwassergrenze in der ganzen Längenausdehnung der Küsten . . . und der davor liegenden Inseln und Bänke“ umfassen, wobei „in den Buchten das Gebiet der drei Seemeilen von einer geraden Linie ab zu rechnen“ ist, „welche in dem dem Eingang der Bucht zunächst gelegenen Teile von einem Ufer derselben zum anderen da gezogen gedacht wird, wo die Öffnung zuerst nicht mehr als 10 Seemeilen beträgt“. — Diese authentischen Erklärungen sind natürlich bedeutungslos, wo sonst noch von „hoher See“ die Rede ist; dies ist der Fall in der Verordnung, betr. den Geschäftskreis, die Einrichtung und die Verwaltung der deutschen Seewarte[162]) § 1 No. 1a — „die meteorologischen Erschei-

---

[159]) RGBl. 151.

[160]) Gleichfalls oben sub III.

[161]) Wegen dieses Begriffes „Seemeile“ vgl. zu Art. 3 desselben Vertrags oben Anm. 43.

[162]) Vgl. bereits oben sub VI.

nungen auf hoher See“ gehören danach zu dem schon oben sub VI berührten „Geschäftskreise der Seewarte“ — sowie in einer großen Anzahl von Quellen, die sich mit der „Hochseefischerei“[163] und den „Hochseefischereifahrzeugen“[164] beschäftigen.

Die „offene“ See findet sich in der StrandO.[165] § 21 Abs. 1 erwähnt wegen des Falles, daß „ein verlassenes Schiff oder sonstige Gegenstände, in offener See treibend, von einem Fahrzeuge geborgen werden“, sowie im FlaggenG.[166] § 24, wonach gewisse Handlungen (z. B. unberechtigte Führung der Reichsflagge) auch dann strafbar sind, wenn sie „im Auslande oder auf offener See begangen werden“.[167]

Lediglich der „See“, so daß also die Zugangsgewässer nicht schon ausdrücklich ausgeschlossen werden, wird in den verschiedensten Wendungen gedacht:

„Auf See“[168] bedeutet zweifellos die hohe See in dem Internationalen Vertrage vom 6. Mai 1882[169] („auf See einen Vergleich schließen“) Art. 33 sowie in den Bek. vom 16. Januar 1904[170] § 6 Abs. 2 („auf See gehende Schiffe“) und 6. Februar 1896[171] (Fahrzeuge, die „für einen mehrwöchigen

---

163) Vgl. die Bek. vom 5. Mai 1904 (oben Anm. 139) §§ 2—4, welche zwischen kleiner, mittlerer und großer Hochseefischerei unterscheidet und jene jenseits der Küstenfischerei beginnen läßt, die nach § 1 „an der deutschen Ost- oder Nordseeküste“ stattfindet. — Vgl. ferner ebenda §§ 6 bis 12, 15.

164) Vgl. ebenda § 15; ferner die Bek. vom 16. Januar 1904 (oben Anm. 21) §§ 52 und 54; die Bek. vom 1., 2. und 3. Juli 1905 (RGBl. 561 ff.), § 1 bzw. §§ 1, 2, 7 bzw. §§ 2, 3; Bek. vom 10. Februar 1899 (RGBl. 129), vom 17. November 1899 (ZBl. 395) und vom 16. und 21. Juni 1903 (RGBl. 252 und 253).

165) Oben sub II.

166) Oben sub I.

167) Also außerhalb des prinzipiellen Strafverfolgungsbereiches Deutschlands (vgl. StGB. §§ 3 ff.). — Darnach bilden hier den Gegensatz zur „offenen See“ die „Küstengewässer“ im oben sub IV berührten völkerrechtlichen Sinne.

168) Wegen der Wendung „auf offener See“ vgl. zu Anm. 167.

169) Oben sub III.

170) Oben Anm. 21.

171) RGBl. 23.

Aufenthalt auf See ausgerüstet sind"); zweifellos[172]) dagegen auch die Zugangsgewässer in den vielen vom „Zusammenstoßen der Schiffe auf See" redenden Quellen;[173]) und ferner m. E. in der SeemO. §§ 36 und 38, weil hier (vgl. ebenda §§ 35 und 37) den Gegensatz der Fall bildet, daß das Schiff im Hafen (oben sub VII) oder auf der Reede liegt.

„Zur See" wird, wo von „Fahrzeit zur See" gesprochen wird,[174]) im Sinne der offenen See zu verstehen sein, und ebenso[175]) betreffs der „Flagge zur See".[176])

Gleichfalls auf die hohe See dürfte die häufig begegnende Wendung „in See" zu deuten sein; wir erfahren von „Tagesfahrt in See",[177]) „in See gehenden Fahrzeugen",[178]) „in See treibend",[179]) Telegramme, welche[180]) „mit den

---

[172]) Weil sie nämlich selber auf solche Gewässer angewendet werden wollen; vgl. oben sub II sowie wegen der Not- und Lotsen-Signalordn. den Wortlaut des Gesetzestitels.

[173]) Vgl. StGB. § 145; ferner den Titel der durch die Seestraßenordn. (oben sub II) abgelösten V. vom 9. Mai 1897 (oben Anm. 24) sowie den Titel der V. vom 5. Februar 1906, betr. Ergänzung und Abänderung dieser V. (RGBl. 115) und ebenda sub I. Weiter die V. vom 15. August 1876, oben sub II, und die Not- und Lotsen-Signalordn. für Schiffe auf See und auf den Küstengewässern vom Tage vorher (oben Anm. 9). Vgl. auch Art. 5 des Internat. Vertrages vom 14. März 1884 zum Schutze der unterseeischen Telegraphenkabel (RGBl. 88, 151) und Anlage I 1, II D 6, III D 9, IV D 9 der Bek. vom 16. Januar 1904 (oben Anm. 21).

[174]) Bekanntm. vom 16. Januar 1904 (oben Anm. 21) §§ 8 f., 34 (daselbst § 8 „Oberleutnant zur See", „Leutnant zur See").

[175]) Selbstverständlich ist es nicht ausgeschlossen, daß sowohl ein Teil dieser Fahrzeit in Zugangsgewässern zurückgelegt wurde, wie daß die Flagge oft in solchen Gewässern zu sehen ist; das widerspricht aber nicht den im Text wegen des Prinzipes gegebenen Andeutungen; vgl. oben Anm. 126.

[176]) RV. Art. 4 No. 7. — Über HGB. § 1 No. 5 bereits oben sub VIII; daselbst über § 517 Abs. 3 („in See").

[177]) Bekanntm. vom 16. Juni 1903 § 1 sub a (oben sub II).

[178]) SeeUVG. § 28 Abs. 1 („Angehörige eines Versicherten, welcher sich auf einem in See gegangenen Fahrzeuge befunden hat, ... wenn dieses Fahrzeug untergegangen oder .... als verschollen anzusehen ist").

[179]) IntVt. vom 6. Mai 1882 (oben sub III) Art. 25 Abs. 1 („Fischerfahrzeuge, Boote, Gegenstände der Ausrüstung oder der Takelage von Fischerfahrzeugen, Netze, Angelleinen, Bojen, Schwimmer oder sonstige Fischereigeräte"). Über „in offener See treibend" vgl. oben zu Anm. 165.

[180]) TelO. vom 9. Juni 1897 (ZBl. 163) § 16 (sub I, II und IV).

Schiffen in See gewechselt“, „an die Schiffe in See gerichtet“ werden, „für in See befindliche Schiffe bestimmt“ sind, „mit Schiffen in See ausgewechselt werden“. Und noch zweifelloser ist dies bei der Wendung „über See“,[181] während, wenn der „von der See“ auf den Strand geworfenen Gegenstände gedacht wird,[182] auch der Strand der Zugangsgewässer in Betracht kommen könnte;[183] umgekehrt dürften die „an der See“ belegenen Gebiete[184] unter Ausschluß der Zugangsgewässer zu verstehen sein.

Von den mit „See“ zusammengesetzten Ausdrücken — soweit sie für unsere Frage, ob die Zugangsgewässer in Betracht kommen oder nicht, überhaupt ein Interesse bieten[185])

---

[181]) Bekanntm. vom 14. März 1898 (oben Anm. 117) § 9 („Auswanderer über See“); ferner § 1 der oben sub III erwähnten Bestimmungen über die zollamtliche Behandlung der deutschen Kriegsschiffe. — Zum Ausdruck „überseeisch“ unten zu Anm. 208.

[182]) StrandO. (oben sub II) § 20.

[183]) Wegen des oben sub VIII S. 124 Bemerkten. In Betracht käme auch die vorangehende Wendung „außer dem Falle der Seenot“, sofern man letztere örtlich versteht (vgl. ebenda).

[184]) FlaggenG. § 4 Abs. 1 (wo außerdem zugleich der „an Seeschifffahrtsstraßen belegenen Gebiete“ gedacht ist). Vgl. auch BinnenSchG. (oben Anm. 9) § 101 („der See zunächst gelegene Binnengewässer“).

[185]) Dies ist nicht oder doch höchstens ganz mittelbar der Fall, z. B. wenn behördliche Einrichtungen u. dgl. genannt werden. So „Seeamt“ bzw. „Ober-Seeamt“ (SeeUnfUntersG., oben Anm. 18, §§ 5 ff., 27, 29 ff.), „Seewarte“ (G. vom 9. Januar 1875, RGBl. 11, und Verordnung vom 26. Dezember 1875, oben sub VI), „See-Telegraphenanstalt“ (TelO., oben Anm. 180, § 16 sub III und IV), „See-Berufsgenossenschaft“ (InvVG., oben Anm. 139, §§ 11 f.; Bekanntm., betr. Vorschriften über Auswandererschiffe vom 14. März 1898, RGBl. 57, § 1), „Seeschiffsoffiziershauptprüfung“ (Verordnung vom 16. Januar 1904, oben Anm. 21, § 11). — Hierher gehört ferner „Seegang“ (Schiffsvermessungsordnung, oben Anm. 21, § 13 sub B b), „Seemeile“ (IntVt. vom 6. Mai 1882, oben sub III, Art. 2 und 3, vgl. oben Anm. 43; Verordnung vom 16. Juni 1903, oben Anm. 21, § 1; Verordnung vom 5. Februar 1906, oben Anm. 173, sub II b, c und d; Seestraßenordnung, oben sub II, Artt. 2, 4, 7—11; „Viertel-Seemeile“ im IntVt. vom 14. März 1884, oben Anm. 173, Art. 6). — Ein bloßer Druckfehler ist das (an die ‚fortune de mer‘ erinnernde) „Seevermögen“ im RGBl. 04, 164 (§ 6 c der Bekanntm. vom 5. Mai 1904, oben Anm. 139 a. E.); richtig „Sehvermögen“, z. B. in §§ 1, 11, 13, 15, 45 der Bekanntm. vom 16. Januar 1904 (oben Anm. 21).

—, ist für einige die Antwort aus den bereits bei anderer Gelegenheit erfolgten Bemerkungen über die eigene Sphärenbegrenzung der betreffenden Quellen zu entnehmen — so wegen der Ausdrücke „Seestraßenordnung“,[186]) „Seeauswurf“,[187]) „seetriftig“,[188]) „Seeverkehr“[189]) und „Seezeichen“[190]) —; und im gleichen, die Zugangsgewässer mitumfassenden[191]) Sinne wird man z. B. „Seestraßenrecht“,[192]) „seepolizeiliche Beziehung“[193]) und „Seewesen“[194]) zu verstehen geneigt sein. Hingegen wird man überall sonst nur an die hohe See zu denken haben; so bei den Worten:[195]) „Seeleichter“,[196]) „Seeschlepper“,[197]) „Seefischerei“,[198]) „Seebeför-

[186]) Titel der durch Bekanntm. vom 5. Febr. 1906 eingeführten Verordnung (RGBl. 120); vgl. die Verordnung vom gleichen Tage (oben Anm. 173), RGBl. 115, sub V. Hierzu oben sub II.

[187]) StrandO., Überschrift zu Abschn. III sowie § 35 Abs. 1 und dazu ebenda § 22 (oben sub II). — Das Wort „Seewurf“ (bei Haverei) gehört der deutschen Gesetzessprache nicht an.

[188]) Ebenda Überschr. zu Abschn. II und § 35 Abs. 2.

[189]) SeeUVG. § 1 Abs. 1 No. 3: „Bewachung, Beleuchtung und Instandhaltung der dem Seeverkehr dienenden Gewässer“; dies dürfte doch wohl ebensoviel bedeuten sollen, wie Verkehr mit „Seefahrzeugen“ (ebenda No. 1 und 2) und dann durch § 3 Abs. 2 — oben sub II — näher zu erklären sein. — Vgl. ferner — jedoch ohne derartige authentische Begrenzung — § 34 der oben Anm. 115 erwähnten Novelle zum Reichsstempelgesetz.

[190]) SeeUnfUntersG. (und dazu oben sub IX) § 4 No. 3 sowie sehr oft in den Grundsätzeu eines einheitlichen Systems usw. vom 31. Juli 1887 (oben sub II), die sich ausdrücklich auf die „deutschen Küstengewässer“ beziehen. — Vgl. ferner „Seezeichenwesen“ im Allerh. Erlaß vom 27. März 1893 (oben sub III) sub B a 1.

[191]) Wegen der Strandungsordnung vgl. Genaueres oben sub II.

[192]) Bekanntm. vom 5. Mai 1904 (oben Anm. 139) § 6 sub 1 b.

[193]) KriegshafenG. (oben sub I) § 2 Abs. 1 No. 2.

[194]) RV. Art. 8 No. 2.

[195]) Ich habe diese Begriffe nach gewissen Gedankengrugpen geordnet, die durch Semikolon abgegrenzt sind.

[196]) Bekanntm. vom 16. Juni 1903 (oben sub II) §§ 4 f.; vom 16. Januar 1904 (oben Anm. 21) § 6; vom 2. Juli 1905 (oben Anm. 164) § 9; vom 14. März 1906, betr. Abänderung der Vorschriften über den Befähigungsnachweis (RGBl. 427) § 7.

[197]) SeemO. § 135 No. 1, Bek. vom 3. Juli 1905 (oben Anm. 164) § 2.

[198]) SeeUVG. Überschrift zu Abschn. IX („See- und Küstenfischerei“);

derung“;[199] „seegehend“,[200] „Seegrenze“,[201] „seewärts“;[202] „Seehafen“,[203] „Seestaaten“;[204] „Seepaß“;[205] „Seetelegraphen“[206] und „Seetelegramm“;[207] „überseeisch“[208] und „unterseeisch“;[209] „Seerecht“.[210]

Immer wird aber auch hier daran festzuhalten sein, — und damit kommen wir zu einer kurzen Zusammenfassung unserer Ergebnisse —, daß durch diese Beziehungen zur offenen See keineswegs mit unbedingter Notwendigkeit eine Berücksichtigung der sich in den Zugangsgewässern abspielenden Vorgänge ausgeschlossen wird. Es können vielmehr, wie uns eine Anzahl von Beispielen[211] lehrte, die sonstigen Tatbestandsmomente der Einzelvorschrift, in welcher das

---

G. vom 30. April 1884 zur Ausführung der Internat. Konvention vom 6. Mai 1882 (oben sub III), RGBl. 48, § 1.

199) Bek. betr. Auswanderungsunternehmer (oben Anm. 117) § 9 No. 12.

200) FlaggenG. § 26; Bestimmungen über die Erteilung eines Flaggenzeichens für die dem Kaiserlichen Yachtklub in Kiel verliehene Klubflagge vom 23. April (12. Juli) 1893, MarineVBl. 107 (188).

201) Bek. vom 16. Juni 1903, oben Anm. 21 besprochen, womit „Grenzen der Seefahrt“ in der ebenda besprochenen V. vom 10. Nov. 1899 § 1 Abs. 2 zu vergleichen ist.

202) KriegshafenG. § 1, oben sub I; VereinszollG. (oben Anm. 36) § 74 Abs. 1.

203) Vgl. die Angaben oben Anm. 115.

204) Geschäftsordnung für das Ober-Seeamt vom 3. Mai 1878 (ZBl, 276).

205) SeemO. § 10.

206) TelO. (oben Anm. 180) § 16 sub I.

207) Ebenda sub III.

208) ReichsG. vom 6. April 1885, betr. Postdampfschiffsverbindungen mit überseeischen Ländern (RGBl. 85); und dazu Ergänzungsgesetze vom 27. Juni 1887 (RGBl. 275), 20. März 1893 (RGBl. 95), 13. April 1898 (RGBl. 163); AuswG. (oben Anm. 117) §§ 5, 6, 25 („überseeische Beförderung“), §§ 7 und 39 („überseeische Länder“), §§ 29 f. („überseeischer Ausschiffungshafen“).

209) Intern. Vertrag vom 14. März 1884 (oben Anm. 173) in der Überschrift und vielfach im Text. Ferner die sub II erwähnten Grundsätze vom 31. Juli 1887 sub E 2.

210) GVG. § 101 Ziff. f. Gemeint ist Seehandelsprivatrecht.

211) Vgl. insbesondere für den ersten Fall oben sub VII S. 120 und sub X S. 130 ff. für den zweiten Fall oben sub II S. 99 f., sub III S. 103 f., sub VI S. 114 f., sowie sub IX S. 128 und sub X S. 132 Anm. 172, S. 134.

kritische Wort auftritt, oder der Wille des Gesamtgesetzes, in welchem diese Einzelvorschrift steht, uns zu solcher Berücksichtigung auch der Zugangsgewässer zwingen. Anderenfalls freilich, wo also solche besonderen Momente nicht eingreifen, m. a. W. in der Regel, ist unter „See“ stets die eigentliche See zu verstehen: ein Begriff, welcher freilich seinerseits nicht generell abgegrenzt werden kann, dessen Grenzen sich vielmehr nur für einzelne bestimmte und recht enge Gebiete aus gesetzlichen Anordnungen, im übrigen (also für die weitaus meisten Anwendungsfälle) aus den Anschauungen der seemännischen Bevölkerung ergibt, die leider ihrerseits als ein recht schwer zu ermittelndes und unsicheres Hilfsmittel für die Erkenntnis bezeichnet werden müssen.

V.

Der Kieler Hafen im Seekrieg.

Von Professor Dr. Moritz Liepmann in Kiel.

Ein Bild der veränderten Rechtsverhältnisse, die ein Seekrieg für das Gebiet des Kieler Hafens schaffen kann, wird in unserer Zeit für Bewohner und Besucher Kiels nicht ohne Interesse sein. Diesem Interesse soll nicht gedient werden durch die Darlegung eigener Wünsche und Forderungen, die häufig genug, zum Schaden der Entwickelung des Völkerrechts, den derzeit bestehenden und geltenden Rechsnormen beigeschmuggelt werden. Vielmehr ist die Situation zu schildern auf Grund der Erfahrungen, die die Seekriege der letzten Zeit auch für die Zukunft als möglich verbürgen, und zu beurteilen nach dem gegenwärtig vorhandenen nationalen oder internationalen Rechtsstoff.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit[1]) will diese Skizze nur einige wesentliche Gesichtspunkte entwickeln. Und zwar ist zu unterscheiden, ob Deutschland selbst an einem Seekriege beteiligt ist oder neutral bleibt. Den Kreis der zu behandelnden Fragen soll das Interesse für die Rechtsverhältnisse des Kieler Hafens bestimmen. Dadurch ist eine Beschränkung geboten. Im übrigen aber soll keine „Lokalpolitik" getrieben werden: es wird notwendig und wohl auch nützlich sein, Ausblicke auf die allgemeinen Fragen des Völkerrechts zu suchen.

---

[1]) Auch in literarischer Beziehung wird Vollständigkeit nicht erstrebt. Ich zitiere im allgemeinen nur Spezialuntersuchungen, nicht die gangbaren Hand- und Lehrbücher. Andererseits verwerte ich ungedrucktes Material (z. B. die japanische und russische Prisenordnung), das mir in meiner Eigenschaft als Dozent für Völkerrecht an der Marineakademie vom Admiralstabe zur Verfügung gestellt ist.

I.

1. Nehmen wir an, Deutschland ist in einen Krieg mit Japan verwickelt. Der Krieg hat begonnen — nach bloßer Androhung, etwa durch den Abbruch der diplomatischen Beziehungen, ohne Kriegserklärung sofort mit einem Angriffe seitens der japanischen Flotte auf unsere Kriegsschiffe.

Eine solche Eröffnung kann brutal genannt werden, sie kann auch politisch sehr unklug sein, wenn sie eine starke internationale Mißstimmung schafft, die durch die augenblicklichen militärischen Vorteile nicht zu kompensieren ist. Das bestehende Völkerrecht verbietet sie aber nicht. Das muß angesichts der immer noch allgemeinen entgegenstehenden Laienmeinung besonders betont werden.[2]) Unzweifelhaft beginnen daher auch mit einer solchen Eröffnung ipso jure die Rechtswirkungen des Krieges, zum mindesten soweit es sich um die rein militärischen Beziehungen der Streitkräfte zueinander handelt.

Aber schon der drohende Kriegsbeginn gibt das Recht zu einschneidenden Maßregeln im Gebiet unseres Kriegshafens. Das im Frieden garantierte Recht auf Gastlichkeit muß der Pflicht zur Verteidigung weichen. Es können Sperrarbeiten vorgenommen werden, um den Kriegsschiffen des Gegners das Einlaufen nach Möglichkeit zu erschweren. Zur Ausführung solcher Arbeiten und namentlich zur Sicherung ihrer Geheimhaltung darf der Hafen eine Zeit lang gesperrt

---

[2]) Die Frage soll hier nicht näher behandelt werden. Das wiederholt zusammengestellte Material (vgl. z. B. Revue de droit international 17, 19ff., Rev. générale de droit international 11, 136ff) zeigt, daß ein Gewohnheitsrecht, das eine förmliche Kriegserklärung zur Rechtspflicht erhebt, nicht besteht, und daß noch nicht einmal eine „communis opinio“ der Völkerrechtslehrer eine solche Forderung erhebt. Im Gegenteil, nach den Erfahrungen des chinesisch-japanischen, spanisch-amerikanischen und russisch-japanischen Krieges darf man es als „anerkannte Wahrheit“ bezeichnen, „daß eine Kriegserklärung kein notwendiges Präludium eines Krieges bildet“ (Ariga, La guerre Sino-Japonaise au point de vue du droit international, 1896, 17). Derselben Ansicht Lawrence, War and Neutrality in the Far East 1904, 27 ff. Und Risley, The Law of War nannte es schon 1897 eine „unbestrittene Annahme“, daß eine Kriegserklärung nicht notwendig sei (80).

werden. Generalembargo oder Arrêt de prince heißt ein solches Verbot, durch welches jedem[3]) im Hafen befindlichen (eigenen, neutralen, feindlichen) Schiffe das Auslaufen und ebenso jedes Einlaufen ohne ausdrückliche Erlaubnis untersagt werden kann. Ein solches Verbot wurde nach Ausbruch des deutsch-französischen Krieges im Juni 1870 über den Kieler Hafen verhängt.

Die Zulässigkeit einer solchen Maßregel ist bestritten, insoweit sie neutrale Schiffe am Ausfahren hindert. Der Kriegführende dürfe zwar seine Häfen provisorisch gegen neu ankommende Schiffe schließen, auch die im Hafen befindlichen Schiffe zum Auslaufen nötigen. Er habe aber nicht das Recht, Schiffe, denen er die Einfahrt bedingungslos gestattet habe, gegen ihren Willen im Hafen zurückzuhalten, — es sei das ein „Angriff gegen Neutrale", die Verletzung eines schon erworbenen Rechtes.[4])

Diese Einwände Kleens sind unhaltbar. Er übersieht, daß Schiffe in einem Kriegshafen niemals unbedingte „Gastlichkeitsrechte" zu beanspruchen haben, sondern stets nur geduldet sind, solange und soweit es die militärischen Hafeninteressen gestatten. Sind doch selbst im Frieden Verkehrsbeschränkungen aus diesem Gesichtspunkte — man denke an Marinemanöver — jederzeit zulässig. Nicht das Völkerrecht, sondern Gebietshoheitsrechte und Marinepolizei haben daher in diesen Gebieten das letzte Wort zu sprechen. Das

---

[3]) Auch auf neutrale Kriegsschiffe darf ein solches Verbot ausgedehnt werden; denn diese haben sich, sogar im Frieden, Maßregeln der Hafenpolizei des Aufenthaltshafens zu unterwerfen (vgl. F. Perels, Das internationale öffentliche Seerecht der Gegenwart (2) 1903, 81 ff.) (Demnächst zitiert „Perels".) Die Nichtachtung gibt, trotz Exterritorialität der Kriegsschiffe, das Recht zur Gewaltanwendung kraft Notwehr. Die Maßregeln bezogen sich allerdings in den mir bekannten Fällen nur auf Handelsschiffe. Vgl. auch die Bestimmung des HGB. 547 und der SeemO. 70[6], die von der Entlassung eines Schiffers handeln, „weil die Reise wegen Krieg, Embargo oder Blokade, wegen eines Einfuhr- oder Ausfuhrverbots oder wegen eines anderen, Schiff oder Ladung betreffenden, Zufalls nicht angetreten oder fortgesetzt werden kann". Dazu Pappenheim, Handbuch des Seerechts 1 (1906), 563 ff., 570 ff.

[4]) So Kleen, Lois et usages de la Neutralité, 2 Bde. 1900, 2, 64—66.

erkennt Kleen ja auch, ohne es zu merken, an, indem er dem Staat das Recht zur Ausweisung der fremden Schiffe gibt. Auch hier handelt es sich ja um Eingriffe gegen erworbene Rechte. Wenn diese Rechte nicht respektiert zu werden brauchen, — wie will man den gleichen Eingriff verdammen, wenn es sich um Zurückhaltung von Schiffen handelt?

Art und Dauer der Sperre sind dem Ermessen des Kriegführenden überlassen. Und ebenso ist es sein Recht, nach Aufhebung der allgemeinen Hafensperre, — sie wurde 1870 erst durch Marinebefehl vom 30. September aufgehoben — einzelne Verkehrsbeschränkungen und eine teilweise Sperrung des Kriegshafens während der ganzen Dauer des Krieges zu verhängen. Notwendig sind solche Maßregeln, um den eigenen Kriegshafen in besonderem Maße gegen den Feind zu schützen. Der Kriegführende wird die Gefahren eines feindlichen Eindringens mit unerschöpflicher Energie zu vervielfältigen suchen: dem Feuer der Küstenbefestigung unsichtbare Gefahren von Torpedos und Minengeschossen beigesellen, Feuerzeichen und andere „zur Sicherung der Schiffahrt bestimmte" Seezeichen[5]) beseitigen oder in den Dienst erlaubter Kriegslist stellen, und ähnliches mehr. Soviel Gefahren für den Feind, soviel Fallstricke aber zugleich für die friedliche Schiffahrt! Trotzdem verbieten weder Staatsvereinbarungen noch Kriegsgebräuche solches Tun. Nur wird dem Kriegführenden die Aufgabe erwachsen, „Nichtkombattanten" d. h. friedliche Handelsschiffe jeder Nation, auch die des Gegners, vor Lebensgefahren auf seinem Gebiete zu bewahren. Am besten erfüllt der Staat diese Pflicht durch die Kontrolle und Leitung ihres Verkehrs.

So bestimmen die Anordnungen des allgemeinen Marinebefehls vom September 1870, daß die Passage der Hafensperre bei Friedrichsort nur bei nicht stürmischem Wetter und nur bei vollem Tageslicht gestattet sei. Außerdem müsse

---

[5]) Vgl. die Beschreibung dieser Zeichen in der Anlage zur Bekanntmachung des Bundesrats vom 31. Juli 1887 bei F. Perels, Das allgemeine öffentliche Seerecht im Deutschen Reiche, Sammlung der Gesetze und Verordnungen 1901, 154 ff.

sich jedes passierende Fahrzeug innerhalb, wie außerhalb der Sperre bei den besonders bezeichneten Wachtschiffen melden, um von dem Kommandanten die erforderlichen Weisungen entgegenzunehmen, sowie einen Lotsen durch die Sperre zu erhalten. Der Befehl weist darauf hin, daß sich jedes Fahrzeug, gleichviel welcher Flagge, diesen Anordnungen zu fügen habe, die „lediglich die Abwendung von Gefahr bei den zahlreichen Torpedolinien bezwecken und keinerlei Ausnahmen zulassen.“ Daß die Überwachung zugleich das Eindringen verdächtiger Schiffe[6]) zu hindern berufen sein sollte, wird daraus zu entnehmen sein, daß den Wachtschiffen in dem Befehl genaue Instruktionen erteilt werden, Namen des Schiffes und seines Führers, Heimatshafen, Ausgangs- und Bestimmungshafen, Art der Ladung und ähnliches durch Befragung und Protokollierung festzustellen.

2. Daß der kriegführende Staat in mannigfacher Weise seine eigenen Staatsangehörigen zu „Kriegsleistungen“ nötigen, daß er „Naturalverpflegung“, „Ausrüstungs- und Bewaffnungsmaterial“, „Überweisung der für den Kriegsbedarf erforderlichen Grundstücke und Gebäude“, die „Benutzung von Schiffen“ für Sperrarbeiten, Zwecke des Transports oder der

---

[6]) In Betracht käme einmal das Eindringen zu Zwecken der Spionage, dann aber auch zur Vornahme kriegerischer Handlungen. Die Anwendung einer falschen Fahne, um letztere zu ermöglichen, muß als bisher nicht verbotene Kriegslist betrachtet werden. Als Perfidie wird zu verwerfen sein der Mißbrauch der Flagge der Genfer Konvention, einer Parlamentärflagge oder eines Notzeichens zur Anlockung des Feindes. Im übrigen aber wird nur zu fordern sein, daß spätestens bei Beginn der Kriegsaktion (Gefecht, Visitation eines Handelsschiffes) die richtige Flagge gesetzt wird. In demselben Sinne sind aus neuerer Zeit (vgl. im übrigen Perels 182 ff.) Bestimmungen getroffen im Naval War Code Art. 7 und im Japan. Prisenreglement § 52: „Der Kriegsschiffskommandant braucht bei der Verfolgung eines Schiffes die japanische Kriegsflagge nicht zu zeigen, darf sogar eine falsche Flagge führen. In dem Augenblick aber, wo er dem Schiff den Befehl erteilt anzuhalten, muß er die Kaiserlich Japanische Kriegsflagge hissen.“ Ebenso im engl. Handbuch sect. 197: „the commander may chase, but under no circumstances may fire under false colours. Zu der Frage ist noch zu vergleichen Pillet, Les lois actuelles de la guerre (2) 1901 § 70 bis und Kapitel V, Appendice; Hall, Intern. Law, Teil III Kap. 7, 3 (537 ff.).

Ausübung des Prisenrechts, kurz jeden Dienst und jeden Gegenstand verlangen darf, die das militärische Interesse erforderlich machen könnte, ist weder völkerrechtlich noch staatsrechtlich bestritten. Die Pflichten, die dem Einzelnen hiernach auferlegt werden können, sind als Konsequenzen der Staatsangehörigkeit zu betrachten, als die dem Anspruch auf Schutz durch den Staat korrespondierende Treuverpflichtung und Gehorsamspflicht. Sie sind im übrigen gesetzlich für Deutschland geregelt durch das Gesetz über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873 und die zu seiner Ausführung erlassene Verordnung vom 1. April 1876[7]). Durchgängig ist hier auch zugleich die Entschädigungsfrage geregelt, und nur ausnahmsweise ein Anspruch auf Vergütung abgelehnt z. B. der Regel nach bei Naturalverpflegung und Stallung (§ 9 des Gesetzes). Speziell die Verpflichtung zur Überlassung von Schiffen „zum Zwecke der Verwendung für Hafen- und Flußsperren“ besteht nach § 24 nur gegen „eine aus den bereitesten Beständen der Kriegskasse bar zu zahlende, dem vollen Werte entsprechende Vergütung“.[8])

Es ist unwahrscheinlich, daß wir für solche Sperrarbeiten neutrale Schiffe oder Einrichtungen, die sich auf ihnen befinden, zu benutzen genötigt sind. Jedenfalls aber ist eine solche Möglichkeit nicht unbedingt von der Hand zu weisen, und da auch für manche andere Kriegszwecke die Verwertung neutraler Dienste und neutralen Eigentums unentbehrlich sein kann, empfiehlt es sich allgemein, die Rechtmäßigkeit einer solchen Maßregel zu prüfen. Man redet in solchen Fällen von einem Angarienrecht (jus angariae, droit d'angarie)[9])

---

[7]) Die oben angeführten Fälle werden in dem Gesetz § 3^{1-6}, die Beanspruchung der Schiffe „für Kriegszwecke“ im § 23, für Hafen- und Flußsperre im § 24 geregelt.

[8]) Der erwähnte allgemeine Marinebefehl von 1870 erwähnt besonders als „Akt patriotischer Hingabe“, daß der Gutsbesitzer Drögge aus Schrevenborn b. Kiel eines seiner Schiffe zum Dienste der Sperrarbeiten im Kieler Hafen aus freien Stücken und unentgeltlich, sowie ohne Anspruch auf Schadensersatz bei Beschädigung des Fahrzeugs durch Feindeshand oder gänzlichen Verlust, für die Dauer des Krieges zur Verfügung gestellt habe.

[9]) Das Wort stammt aus dem Altpersischen (dasselbe Wort wie ἄγγελος) und bedeutet soviel wie Bote oder Kurier.

und hat darunter in weitester Ausgestaltung zu verstehen: jede Zwangsenteignung oder sonstige Verwertung von privatem (nicht den eigenen Untertanen gehörendem) Gut für die Bedürfnisse der Kriegführenden. Der Regel nach wird es sich um neutrales Gut handeln, da feindliches Gut nach dem geltenden Recht der Pariser Seerechtsdeklaration dem Seebeuterecht wenigstens auf feindlichem Schiffe, auf neutralem Schiff dagegen nur insoweit Kriegskonterbande vorliegt, unterworfen ist.[10]) Sind aber diese Voraussetzungen nicht gegeben (das feindliche Gut befindet sich auf neutralem Schiff und ist nicht als Konterbande zu qualifizieren), so wäre eine Wegnahme nicht durch die Grundsätze des Seebeuterechts, sondern höchstens nach den Gesichtspunkten der Angarie zulässig.

Die Maßregel ist wiederholt zur Anwendung gekommen (Ludwig XIV, Napoleon bei seiner ägyptischen Expedition). Bekannt ist namentlich aus dem deutsch-französischen Kriege die Versenkung sechs englischer Kohlenschiffe, gegen Entschädigung, in der Seine bei Duclair, um einem französischen Kanonenboot den Zutritt zu versperren.[11])

Die deutsche Regierung hat damals das Recht zu einer solchen Handlungsweise mit dringender, anders nicht zu beseitigender militärischer Notwendigkeit gerechtfertigt, und England hat daraufhin seinen Protest zurückgezogen[12]).

---

[10]) Vgl. Satz 2 der Deklaration vom 16. April 1856: „Die neutrale Flagge deckt das feindliche Gut mit Ausnahme der Kriegskonterbande" (Fleischmann, Völkerrechtsquellen 1905, 57).

[11]) Der Fall ist in allen Lehrbüchern des Völkerrechts behandelt. Vgl. die spezielle Darstellung bei Rolin-Jaequemyns in der Revue de droit international 3 (1871), 371 ff.

[12]) In den Queens Regulations and Admiralty Instructions for the Government of H. Maj. Naval Service, 1899, sect. 456 werden allerdings die Befehlshaber der englischen Kriegsschiffe beim Fehlen einer diplomatischen oder konsularen Vertretung angewiesen, gegen die Beschlagnahme englischer Handelsschiffe zu protestieren und ihre Freilassung zu bewirken. Aus dieser Anweisung folgt, daß England die Maßregel nicht etwa für unberechtigt hält (die Instruktion würde dann ganz anders lauten), sondern sie nur den eigenen Schiffen nach Möglichkeit ersparen will.

Ganz allgemein wird ferner in dem mustergültigen amerikanischen Naval War Code von 1900[13]) (zur Zeit außer Kraft gesetzt) die Wegnahme, Zerstörung oder anderweitige Verwendung neutraler Schiffe im Machtbereich der Kriegführenden gegen Entschädigung gestattet, wenn die militärische Notwendigkeit es fordert (Art. 6). Außerdem gestattet der Art. 14 Abs. 2 die Zerstörung oder Zurückbehaltung für den Dienst der Regierung bei feindlichen Handelsschiffen, falls es militärisch oder sonst (?) erforderlich ist (in case of military or other necessity). Schließlich wird genau der gleiche Gesichtspunkt in den Bestimmungen verwertet, die; statt der Wegnahme als Seebeute oder Konterbande ohne Entschädigung, nur ein Vorkaufsrecht „unter Wegfall der Prisenkondemnation" erlauben, wenn der Kauf für den Dienst der Flotte „nützlich erscheint".[14])

So heftig dieses Angarienrecht auch von der Mehrzahl der Völkerrechtslehrer bekämpft wird,[15]) man wird es bis auf weiteres in der Kriegspraxis nicht entbehren können, und es ist auch bisher kein durchschlagender Grund gegen seine Rechtsgültigkeit ins Feld geführt worden. Im Gegenteil, man hat die Maßregel unter einem irreführenden Gesichtspunkt als etwas ganz Irreguläres betrachtet, als ein Verfahren, das mit den sonstigen Gesetzen und Gebräuchen des Krieges in schrillem Widerspruch stünde und daher, wenn überhaupt, höchstens durch extremen Notstand des Kriegszustandes entschuldigt, niemals gerechtfertigt werden könnte.[16])

---

[13]) Vgl. den Abdruck des Code und die Übersetzung in Niemeyers Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht 11 (1902), 385.

[14]) Art. 13 des preuß.-amerikanischen Vertrages von 1799, dazu Niemeyer, Internationales Prisenrecht und Kriegskonterbande in den Verhandlungen des Deutschen Nautischen Vereins (1905) 144 ff. Ferner Engands Naval Price Act von 1864 sect. 38 (Pre-emption). Schließlich die Aufzählung der Handelsverträge, die zu diesem Rechte Stellung nehmen: Perels 222 Anm. 3.

[15]) Namentlich z.B. von Kleen, Neutralité 68—74. Dafür Perels 222, Niemeyer a.a.O., 143, Wheaton, Elements of International Law (4) 1904, § 293c, Hall, Treatise on International Law (5) 1904, 737 ff.

[16]) So v. Liszt, Völkerrecht (4) 196.

In Wahrheit handelt es sich nur um die Ausgestaltung eines Rechts, das im Landkrieg vollkommen anerkannt und unbestritten ausgeübt werden darf, des Requisitionsrechts oder, wie es die bei der I. Haager Friedenskonferenz vereinbarten „Gesetze und Gebräuche des Landkriegs" nennen, des Rechts auf Zwangsauflagen, Natural- und Dienstleistungen (Artt. 51—53). Der Kriegführende darf sich hiernach „Mittel, die den Kriegsunternehmungen dienen", auf dem Wege des Zwanges beschaffen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Privateigentum oder gar Eigentum neutraler Staatsangehörigen handelt. Dieses Recht, das „soviel als möglich" nur gegen Entschädigung geübt werden soll (§§ 52, 53 Abs. 2), besteht, sobald ein Gebiet — wenn auch noch so kurze Zeit — „in der Gewalt des feindlichen Heeres steht" (42).[17])

Sollte die im Landkrieg voll anerkannte Freiheit des Kriegführenden im Seekrieg wesentlich anderen Grundsätzen weichen müssen? Einer solchen Behandlung würde jede Rechtsgrundlage fehlen. Man darf einmal nicht sagen, daß das Angarienrecht eine Verletzung der neutralen Rechte sei. Ein Kriegführender — heißt es bei Thonier[18]) — hat nicht das Recht, „den Neutralen zum Lieferanten für sich zu zwingen, selbst wenn er die genommenen Lebensmittel bezahlt. Ein Kriegführender hat kein Aktionsrecht über Neutrale, die den Feindseligkeiten fern bleiben, und er verletzt ihre Neutralität, indem er sie mit Gewalt zu Hilfstruppen macht".

Das sind Übertreibungen, nur geeignet, das Problem zu verrücken, nicht es zu lösen. Denn der Neutrale, dessen Schiffe man abkauft, bleibt damit den Feindseligkeiten genau ebenso fern, wie zuvor: man will nicht seine Person, sondern sein Gut, man nötigt ihn, Geld anzunehmen, nicht an den Feindseligkeiten teilzunehmen. Daher wird sein Neu-

---

[17]) Übrigens fragt sich sogar, ob die Ausübung eines solchen Requisitionsrechtes nicht schon auf Grund des deutschen Gesetzes über Kriegsleistungen zulässig sei. Die oben angeführten Bestimmungen unterscheiden nämlich überhaupt nicht zwischen Staatsangehörigen und Fremden oder Neutralen (vgl. §§ 23, 24): „Die Besitzer von Schiffen oder Fahrzeugen."

[18]) Thonier, De la Notion de Contrebande de guerre. Etude de Droit International (1904) 162.

tralitätsrecht jedenfalls nicht angetastet, wenn man ihn zum Lieferanten zwingt. Sonst wären ja die erwähnten Berechtigungen im Landkrieg, die durch internationale Vereinbarung sanktioniert sind, durchgängig Neutralitätsverletzungen, sofern neutrales Gut per requisitionem genommen würde.

Ein zweiter Einwand[19]) gegen das Angarienrecht könnte daraus hergeleitet werden, daß für den Seekrieg Seebeute- und Konterbanderecht die Aktionsrechte über privates, feindliches oder neutrales Gut abgrenzen und erschöpfen. Diese Meinung würde zutreffen, wenn Requisitionsrecht oder Angarie ein Plus gegenüber jenen Berechtigungen darstellten. Das ist aber gar nicht der Fall. Der Kriegführende, der Seebeute oder Konterbande wegnimmt, will dem „Feind" Schaden zufügen: um diesen Zweck zu erreichen, ist es ihm erwünscht, oder zum mindesten gleichgültig, wenn dadurch zugleich der private Eigentümer von Schiff oder Ladung geschädigt wird.

Die Angarie ist viel bescheidener in ihren Mitteln: sie will, daß der „Zwangslieferant" nicht zu Schaden kommt, sie entschädigt ihn für seine Leistung. Daher kann sie durch jene viel weiter und tiefer eingreifenden Berechtigungen nicht, wenn auch nur implicite, abgeschafft sein. Im Gegenteil, der logische Schluß „a majore ad minus" würde gerade umgekehrt zugunsten ihrer Berechtigung sprechen: nur ein international vereinbarter Verzicht würde sie aus der Welt schaffen können.

Ein dritter und letzter Einwand könnte auf die Sonderstellung der Schiffe verweisen. Denn die Enteignung, von der bei der Angarie Gebrauch gemacht wird, ist zweifellos ein Staatshoheitsakt, ein „obrigkeitlicher Eingriff",[20]) kein bloßes Privatrechtsgeschäft. Daß aber Handelsschiffe in fremden Gewässern und Häfen der Territorialhoheit des Uferstaates unterworfen bleiben, ist heute unbestritten. Und auch in dem Gebiet, welches die Verbindung mit dem „offenen Meer" herstellt, in dem Küstenmeer wird

[19]) Die folgenden Einwände sind, meines Wissens, in der Literatur bisher nicht vertreten.

[20]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 2 (1896), 3.

die gleiche Hoheit nicht mehr prinzipiell, sondern nur noch in einzelnen Beziehungen (Jurisdiktion während der Durchfahrt durch das Küstenmeer?) dem Uferstaat in Abrede gestellt.[21]

Auf dem offenen Meer sind allerdings auch Handelsschiffe, wie Kriegsschiffe, der Regel nach nur ihrer heimatlichen Staatsgewalt unterworfen. Lediglich hier also könnte die Angarie als unberechtigter Zugriff fremder Staatsgewalt abgelehnt werden. Dabei würde aber übersehen, daß eine solche Rechtsstellung nur für Friedenszeiten normiert und garantiert ist. Im Kriege ist, wie niemand bestreitet, die offene See Kriegsschauplatz. Daher ist auch jedes Handelsschiff der Visitation im Falle eines Konterbandeverdachts. unterworfen. Schon daraus allein ergibt sich, daß im Kriege die Staatsgewalt des Heimatsstaates nicht respektiert wird, daß Kriegsrecht stärker ist als Friedensrecht. Und wenn man ferner bedenkt, daß nur neutrale Kriegsschiffe einer Visitation durch Kriegführende entzogen sind, und daß nicht einmal die Unverletzlichkeit neutraler Postdampfer von dem geltenden Völkerrecht der Großstaaten allgemein garantiert wird,[22] so

---

[21]) Vgl. jetzt zu der Frage: Nys, Le droit international 1 (1904), 497 ff.

[22]) Ein allgemeiner Schutz solcher Postschiffe gegen Durchsuchung ist bisher nicht verwirklicht. Die Vereinigten Staaten haben mit der Anerkennung des Privilegs bereits 1848 im Kriege gegen Mexiko begonnen, sie haben das gleiche im Sezessionskrieg und Krieg gegen Spanien getan und bestimmen im Naval War Code Art. 20 allgemein ihre Befreiung von Wegnahme, sofern „nicht klare Verdachtsgründe einer Verletzung der Kriegsgesetze über Konterbande, Blockade oder Neutralität“ vorliegen. Die Befreiung von Visitation auf die Erklärung eines Staatsbeamten über die Natur der geführten Post bestimmen die französischen Instruktionen vom 25. Juli 1870 (Annexe 2, § 10 bei Barboux, Jurisprudence du Conseil des Prises pendant la guerre de 1870/71, 151); das japanische Prisenreglement im letzten Kriege verbietet das Durchsuchungsrecht auf die schriftliche Versicherung des Postbeamten des betr. Staates, daß sich in den Postsäcken keine Kriegskonterbandedokumente befinden, „es sei denn, daß schwerwiegende Verdachtsgründe vorliegen“ (Art. 34). Wird ein Postschiff aufgebracht, so verpflichtet Art. 68 „den Kommandanten, die Postsäcke, soweit sie ungefährlich erscheinen, in versiegeltem Zustand herauszugeben“ und „sobald als möglich dafür Sorge zu tragen, daß dieselben mit nächster Gelegenheit an ihren Bestimmungsort weiter

läßt sich die Behauptung einer Exterritorialität der Handelsschiffe auf hoher See in Kriegszeiten nicht mehr aufrechterhalten. Damit ist aber das letzte Argument zur Bekämpfung des Angarienrechts in nichts zerronnen.

3. Die Frage der Minenlegung ist, soweit es sich um den Kieler Hafen handelt, bereits behandelt. Aber die im Hafen während eines Krieges befindlichen „friedlichen Schiffe" müssen auch mit einer Minengefahr rechnen, wenn sie den Hafen verlassen. Die Erfahrungen des russisch-japanischen Krieges zeigen, daß das — zuerst im amerikanischen Sezessionskrieg angewendete — Mittel schwere Schäden für die Kriegführenden, aber auch ganz erhebliche Sorgen und Leiden der Handelsschiffahrt bereiten kann.[23]) Wer sich indes auf Grund der letzteren Erwägung bestimmen ließe, die Minenverwendung im Seekrieg als völkerrechtswidrig und „barbarisch" zu verdammen, würde sich damit zwar zu einem — gern gehörten — Anwalt friedlicher Interessen machen, das Völkerrecht aber nicht auf seiner Seite haben. Denn die Minen sind erlaubte Waffen — die Versuche, auf der I. Haager Konferenz sich über Beschränkungen nach dieser Richtung zu einigen, haben, wie zu erwarten war, Fiasko erlitten,[24]) und sind seitdem nirgends wieder ernsthaft in Angriff genommen, — damit ist denn aber auch ihre Anwendung gestattet überall, wo der Kriegsschauplatz

---

befördert werden". Dagegen hat England ein solches Privileg nur auf Grund besonderer Vereinbarungen (Manual of Naval Price Law 102) oder speziellen Verzichts (Burenkrieg!) anerkannt. Das Privileg ist überhaupt nicht anerkannt von Spanien in seinem Krieg mit den Vereinigten Staaten, von Deutschland bei seiner Venezuela-Blockade, namentlich aber nicht von Rußland in dem letzten Kriege (vgl. hierüber Lawrence a. a. O. 188 ff.).

[23]) Die Frage ist behandelt bei Lawrence a. a. O. 93 ff., Smith and Sibley, International Law as interpreted during the Russo-Japanese War 1905, 86 ff., namentlich aber in den sehr klaren und interessanten Ausführungen von Schücking in Niemeyers Zeitschrift f. internationales Recht, 16, 121 ff. Vgl. außerdem Times vom 25. Mai 1904 (Holland), 26. Mai 1904 (Moore, Woolsey) Gazette de Lausanne, 9. September 1904 (Kebedgy).

[24]) Vgl. Ph. Zorn, Die völkerrechtlichen Ergebnisse der Haager Konferenz, Deutsche Rundschau (102/1900), 125 ff.

besteht, d. h. auf eigenem wie feindlichem Wassergebiet, ebenso aber auch auf hoher See.

Grade das letztere ist, im Anschluß an die Zerstörung eines japanischen Linienschiffes (Hatsuse) durch russische Minen auf hoher See, von englischer Seite scharf getadelt. „Worte fehlen, um die Verdammung auszudrücken, mit der ein solcher Akt begleitet werden müßte" — heißt es sehr temperamentvoll bei Lawrence (107).[25]) Demgegenüber muß betont werden, daß vor allem Gründe fehlen, um die Maßregel vom Standpunkt des Seekriegsrechts zu verdammen.

Wenn ein Gebiet als Kriegsschauplatz anerkannt ist, so heißt das doch nichts anderes, als daß hier jede Art kriegerischer Aktionen vorgenommen werden darf! Man darf zwar friedliche und neutrale Bevölkerung keinen direkten Angriffen aussetzen. Wo aber das Recht zum Angriff auf den Feind gegeben ist, wie auf dem Kriegsschauplatz, kann dieses Recht nicht illusorisch gemacht werden, weil und insofern den Kugeln kein Lauf vorzuschreiben ist, und die Gefahr besteht, daß auch „Nichtkombattanten" von ihnen getroffen werden. Ebensowenig darf man die Minen als Kriegswaffe für den Kriegsschauplatz anerkennen, sie aber andererseits nur zulassen, wenn man ihnen „befehlen" kann, nur feindliche Kriegsschiffe zu treffen?

In dem gleichen Maße hinfällig erscheint die Berufung auf die Meeresfreiheit, das Recht auf „inoffensive Schiffahrt". Dieses Recht gilt eben nur für den Frieden uneingeschränkt — was sollte es denn sonst bedeuten, daß das offene Meer Kriegsschauplatz ist? Auch für diese Frage ist auf die Analogie mit dem Landkriegsrecht zu verweisen. Der „Meeresfreiheit" entspricht das Recht auf ungehinderten Ver-

---

[25]) Ebenso verwerfen die Maßregel Holland, Moore, Woolsey, während Kebedgy ein internationales Verbot fordert. Dafür spricht sich v. Stengel, Die Entwicklung des Kriegsrechts im allgemeinen und des Seekriegsrechts im besonderen, Marine-Rundschau (1905) 287 aus, ebenso Schücking a. a. O. Nur macht letzterer die unbegründete Einschränkung, daß in Meerengen, die der internationalen Schiffahrt dienen, Platz für die neutrale Schiffahrt „wegen der Meeresfreiheit" bleiben müsse (146 ff.).

kehr und Freizügigkeit im Lande. Niemand aber zweifelt, daß diese Rechte im Kriege nicht zu voller Verwirklichung kommen können, daß insbesonders niemand einen Anspruch auf Unverletzlichkeit hat, der sich, auch ohne es zu wissen und zu wollen, den Gefechtslinien genähert hat. Nicht anders ist das Risiko zu beurteilen, das private Schiffe auf dem Kriegsschauplatz zur See laufen. Lawrences Behauptung: „niemand hat das Recht, eine Zone auf dem Ozean für sich zu reservieren (set apart a zone of ozean), in die der andere nicht eindringen darf" (102), ist nicht richtig. Man denke nur an die im Haag vereinbarten Grundsätze der Genfer Konvention für den Seekrieg. Die der Aufnahme und Pflege Verwundeter, Kranker oder Schiffbrüchiger dienenden Lazarettschiffe werden hier einem strengen Aufsichtsrecht der Kriegsparteien unterworfen: diese können ihre Hilfe ablehnen, ihnen befehlen, sich zu entfernen, ihnen eine bestimmte Fahrtrichtung vorschreiben und sie auch zurückhalten, wenn besonders erhebliche Umstände es erfordern." Ja noch mehr: „Diese Schiffe dürfen in keiner Weise die Bewegungen der Kriegsschiffe behindern. Während und nach dem Kampfe handeln sie auf ihre eigene Gefahr."[26])

Also schon das bestehende Völkerrecht kennt in geradezu typischer Weise jene von Lawrence verworfene „reservierte Zone" auf dem freien Meer: und diese Bewegungsbeschränkung ist sogar solchen Schiffen auferlegt, die zugunsten, zum Wohle der Kriegführenden tätig werden!

Indessen ist nicht zu leugnen, daß die Minengefahr von besonderer Art ist und einen vollständigen Vergleich mit den Gefahren, die aus einer Land- und Seeschlacht der friedlichen Bevölkerung erwachsen können, nicht aushalten kann: sie ist nämlich eine unsichtbare Gefahr, gegen die sich Handelsschiffe zunächst überhaupt nicht schützen können. Und aus dieser Eigenschaft wird in der Tat eine Beschränkung in der Minenverwendung für die Kriegführenden „von Rechts wegen" abzuleiten sein.

---

[26]) „Abkommen betreffend die Anwendung der Grundsätze der Genfer Konvention vom 22. August 1864 auf den Seekrieg" Art. 4 (Fleischmann 315 ff.).

Jede Kriegspartei hat das Recht, auf dem Kriegsschauplatz Minen zu legen, sie hat aber andererseits die Pflicht, nach Möglichkeit die „Nichtkombattanten": feindliche und neutrale Handelsschiffe vor Lebensgefahren zu bewahren. Daher wird sie sich der Pflicht nicht entziehen können, diese durch die gefährdeten Linien in ihrem eigenen Hafengebiet geleiten zu lassen, wie dies 1870 mit dem Kieler Hafen geschehen ist, und, nach Privatmitteilungen, auch seitens der Japaner in dem letzten Kriege geschehen sein soll. Man wird dem Kriegführenden diese Last auch für die Fahrt durch das eigene Küstenmeer auferlegen dürfen, sofern sich nicht ein solches Geleit durch das Bevorstehen einer Seeschlacht in der Nähe der Küste und die damit notwendige Konzentration auf rein militärische Aktionen von selbst verbietet. Sobald aber die eigene Staatshoheit aufhört, wie auf dem offenen Meere, ist der Kriegführende nicht mehr zu einem direkten Schutz der Handelsschiffe verpflichtet. Nur eine allgemeine Mitteilungspflicht, daß Minen gelegt und eine ungefähre Angabe des Ortes, wo man auf sie gefaßt sein kann, wird im Interesse der Handelsschiffahrt und namentlich mit Rücksicht auf die Neutralen zu fordern sein. Wer aber weitergehende Einschränkungen verlangen und etwa die Legung von Minen nur unter der Voraussetzung gestatten wollte, daß die Handelsschiffahrt überhaupt keine Gefahren davon zu befürchten hätte, würde damit die Verwendung einer völkerrechtlich erlaubten Kriegswaffe unmöglich machen. Ein solches Verlangen wäre also vom Rechtsstandpunkt abzulehnen, es enthielte zugleich die Sanktion des logisch widersinnigen Satzes, daß auch im Kriege das Friedensrecht stärkere Macht zu beanspruchen habe, als die Kriegsraison. Und noch aus einem anderen Grunde sind solche Beschränkungen unzulässig.

Die Minen sind nicht bloß Kriegsmittel, sondern ihre Verwendung läßt sich zugleich als Kriegslist charakterisieren. Solche Mittel sind allgemein erlaubt:[27]) nur ein besonderes,

---

[27]) Gesetze u. Gebräuche des Landkrieges, Art. 24: „Kriegslisten und die Anwendung der notwendigen Mittel, um sich Nachrichten über den Gegner und das Gelände zu verschaffen, sind erlaubt."

für Minen niemals festgesetztes Verbot könnte ihre Anwendung ausschließen. Daraus folgt aber, daß ihrer Verwendung durch den Kriegführenden nicht solche Schranken auferlegt werden dürfen, die mit dem Charakter einer List unvereinbar sind, bei deren Ausführung von einer Täuschung des Gegners überhaupt keine Rede mehr sein kann. Dahin würde es gehören, wenn man die Stellen, wo sich Minen befinden, durch sichtbare Zeichen fixieren müßte oder genötigt werden sollte zu genau spezialisierten Angaben.

Aus der Verpflichtung zu einer, wenn auch nur allgemein gehaltenen, Mitteilung ergibt sich aber zugleich eine zweite Schranke, im Interesse der friedlichen Schiffahrt, nämlich die Unzulässigkeit von unverankerten, sog. Treibminen.

Nicht bloß in der Nähe von neutralen Gewässern, weil dann die Gefahr besteht, daß sie in diese getrieben werden, und damit feindliche Handlungen auf neutralem Gebiet zur Verwirklichung kämen, sondern auch auf der hohen See. Denn die geforderte Mitteilung der Kriegführenden ist nur ein leeres Wort, wenn der Mitteilende selbst nicht einmal genau den Aufenthaltsort seiner Minen bestimmen kann.

Trotz der geschilderten Beschränkungen werden dem Handel erhebliche Gefahren unter Umständen nicht zu ersparen sein, zumal die Minenverwendung im Seekrieg in offenbar stark progressiver Art sich zu entwickeln scheint. Wie man den spanisch-amerikanischen Krieg einen „Kohlen- und Kabelkrieg“[28]) genannt hat, so ist es nicht ausgeschlossen, daß ein Seekrieg der Zukunft einmal die Bezeichnung eines „Minenkrieges“ verdienen könnte. Das sollten sich alle diejenigen zum Bewußtsein bringen, die, angeblich vom Standpunkt der Humanität, die Abschaffung des Seebeuterechts fordern. Fällt das Seebeuterecht, so müßten die rein militärischen Mittel zur Schädigung des Feindes naturgemäß verstärkt werden. Zu einer solchen Verstärkung müßte aber in erster Linie die Steigerung der Minengefahr für die feindliche Flotte gerechnet werden. Es

---

[28]) Squier, zitiert bei Scholz, Krieg und Seekabel 1904, 1.

liegt auf der Hand, daß damit die friedliche Schiffahrt in eine erheblich ungünstigere und gefährlichere Situation verstrickt werden könnte, als bei dem gegenwärtigen Zustand.

Wer trägt den Schaden aus einer Beschädigung durch Minen, die private (feindliche, neutrale oder eigene) Schiffe treffen? Allgemeine, bindende Gesichtspunkte sind für die Lösung der Frage bisher nicht aufgestellt. Grundsätzlich wird der Standpunkt zu vertreten sein, den der amerikanische „Attorney General" gegen die Schadensersatzforderung einer englischen Telegraphengesellschaft wegen Durchschneidung der Kabel bei Manila nach dem spanisch-amerikanischen Kriege geltend machte: aus rechtmäßigen Kriegsoperationen erwachsen keine Ersatzansprüche. Wenn der Staat in solchen Fällen den Schaden ersetzt, so ist das als bloßer „act of equity and comity", nicht als Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit aufzufassen.

Anders ist die Sachlage, wenn der Staat sich durch internationale Vereinbarung dazu verpflichtet oder wenn er die ihm auferlegten Pflichten, namentlich Mitteilung und Warnung versäumt hat, wenn Minen durch Treiben seiner Herrschaft entzogen wurden und nun in einem nicht angegebenen Gebiet Schaden anrichten. Jedenfalls bedarf die Frage einer internationalen Regelung.[29])

4. Der Kriegszustand erzeugt bekanntlich im Seekriege zugleich das Recht auf Beschlagnahme und Konfiskation feindlicher und neutraler Handelsschiffe und ihrer Güter.

International ist die Ausübung dieser Rechte durch die Pariser Seerechtsdeklaration vom 16. April 1856 bestimmt, deren Grundsätze in den letzten Seekriegen auch von den nicht beigetretenen Mächten (Amerika, Spanien) befolgt sind.

Geschützt ist hiernach:

1. Neutrales Gut auf neutralem oder feindlichem Schiff,
2. feindliches Gut auf neutralem Schiff,

---

[29]) Das Gutachten des Attorney General findet sich bei Scholz 28 ff. Über die Entschädigungsfrage bei Minen macht Schücking, 151 ff., beachtenswerte Vorschläge.

so daß dem Seebeuterecht nur ausgesetzt sein darf: feindliches Gut unter feindlicher Flagge. Diese Einschränkungen gelten aber nur, soweit es sich nicht um Kriegskontrebande handelt. Gegenstände solcher Art darf der Kriegführende vielmehr nach der Pariser Deklaration konfiszieren, gleichgültig, ob sie der feindlichen oder neutralen Bevölkerung gehören, gleichgültig auch, ob sie unter feindlicher oder neutraler Flagge befördert werden (Satz 2 und 3 der Deklar.).[30])

So bestimmt diese Regelung auch klingt, in Wahrheit ist sie ein völkerrechtliches Unikum an Unbestimmtheit. Den Interessenten der Handelsschiffahrt, die begreiflich genug, zum mindesten wissen wollen, welchen Verlusten und welchem Risiko ihr Handel in einem Seekrieg ausgesetzt sein würde, müßte man auf eine Anfrage die deprimierende Antwort geben: was die Pariser Deklaration bestimmt, wird in durchaus verschiedener Weise gehandhabt, es lassen sich dafür weder allgemeine Gesichtspunkte aus der Praxis der Seekriege noch auch nur internationale theoretische Richtlinien für die Anwendung aufweisen. Im günstigsten Falle geben uns nationale Instruktionen die geforderte Belehrung. Hier aber stehen sich in vielem unvermittelt die Grundsätze einzelner Staaten gegenüber. Sie sind nicht einig in der Aufzählung oder Beurteilung dessen, was unter „Kontrebande" zu verstehen sei. Die französische Instruktion von 1870 rechnete dazu nur Gegenstände, „die für Kriegszwecke bestimmt sind", wie „Waffen, Pulver, Salpeter, Schwefel und militärische Ausrüstungsgegenstände" (sogen. absolute Kontrebande).[31]) England und Amerika bezeichnen außerdem noch als Kontrebande „Gegenstände, die je nach den Umständen für Kriegs- oder Friedenszwecke gebraucht werden können und gebraucht werden", (z. B. Kohle, Lebensmittel, Baumwolle, Pferde) „wenn sie wirklich und speziell für das Militär oder die Seestreitkräfte des Feindes bestimmt werden"

[30]) Eine klare Unterscheidung von Seebeute- und Kontrebanderecht findet man bei Röpke, Das Seebeuterecht (Rostocker rechtswissenschaftliche Studien) 1904, § 2 ff.

[31]) Instruktion § 8 bei Barboux, 139.

(relative oder bedingte Kontrebande).[32]) Rußland ebenso wie Japan haben sich dieser berechtigten Erweiterung angeschlossen, differieren aber erheblich in ihrer Beurteilung von einander.[33]) Und nicht einmal darüber sind sich diese Bestimmungen einig, wann ein Gegenstand für den Feind bestimmt ist. Frankreichs Auffassung läßt die Bestimmung der Ware entscheiden, England, Amerika, Japan entscheiden nach der Bestimmung des Schiffes, Rußland verbindet sogar beide Standpunkte.[34])

Ebensowenig ist für die Handhabung des Seebeuterechts die Frage einheitlich beantwortet, wann Schiff oder Gut feindlich sind. Nach französischer, seit den Revolutions-

---

[32]) Naval war Code Art. 34, 2. In demselben Sinne, nur noch mit spezieller Aufzählung das englische Manual of Naval Prize Law (Holland), sect. 63.

[33]) So hat z. B. Rußland in seiner Instruktion zu seinem Prisenreglement im letzten Kriege Kohlen und Lebensmittel zur Konterbande gerechnet, wenn sie „für Rechnung des Feindes befördert werden oder für den Feind bestimmt sind“, d. h. auch wenn sie nur einem Handelshafen des Feindes zugeführt werden sollen, Japan dagegen lediglich „wenn sie für das feindliche Heer oder die feindliche Flotte oder für einen Platz in Feindesland bestimmt sind, dessen besondere Verhältnisse den Schluß zulassen, daß die Güter für die Zwecke des Heeres und der Flotte Verwendung finden sollen (§ 14). Vgl. über diesen Gegensatz und die gegen die russische Überspannung gerichteten englischen und amerikanischen Proteste Lawrence 157 ff.

[34]) Man. of Nav. Prize 69, 70—73, Japan § 15: „Als Bestimmungsort der Ladung gilt der Bestimmungsort des Schiffes.“ § 16: „Wenn der Bestimmungshafen des Schiffes zwar nicht in Feindesland liegt, wenn aber das Schiff einen Zwischenhafen anläuft, welcher im feindlichen Gebiet liegt, oder wenn anzunehmen ist, daß das Schiff unterwegs einem feindlichen Kriegsschiff entgegenfahren will, so wird es so angesehen, als wenn sein Bestimmungsort in feindlichem Gebiete läge.“ § 17: „Wenn anzunehmen ist, daß ein Schiff, dessen Bestimmungsort nicht in Feindesgebiet ist, einerlei, ob es seine Ladung löscht oder an Bord behält, die vorerwähnten Güter nach Feindesgebiet zu befördern beabsichtigt, so gilt seine Reise als eine kontinuierliche, und es wird so angesehen, als sei sein Bestimmungsort von Anfang an ein in Feindesgebiet belegener gewesen.“ Rußland nimmt Handelsschiffe, die absolute oder bedingte Konterbande (falls letztere nach Umfang oder Gewicht mehr als die Hälfte der Gesamtladung übersteigt), nach einem feindlichen Hafen befördern (11), aber auch Waren, die für den Feind bestimmte Konterbande enthalten (12).

kriegen in verschiedenen Marine-Ordonnanzen bis zur Gegenwart festgehaltener Auffassung ist ein Gut feindlich, wenn sein Eigentümer feindlicher Staatsangehörigkeit ist. Nach englisch-amerikanischer Regelung, der auch hierin Japan gefolgt ist, entscheidet nicht die Staatsangehörigkeit, sondern das Domizil des Eigentümers: „Die Nationalität von Personen wird ohne Rücksicht auf etwa vorhandene Staatsangehörigkeitspapiere nach dem Lande bestimmt, in welchem dieselben zur Zeit ihren Wohnsitz haben" (Japan. Reglem. § 3).

Schiffe sind nach französischer Auffassung feindlich, wenn sie die feindliche Flagge führen, gleichgültig, wer Eigentum an ihnen hat, oder wenn sie nach dem nationalen Rechte nicht die Befugnis zur Führung einer neutralen Flagge haben. Nach englisch-amerikanisch-japanischer Auffassung ist feindlich auch ein solches Schiff, das ganz oder zum Teil dem Feind gehört.[35])

In allen diesen Beziehungen, die nur einen Teil, keineswegs alle Differenzen in der Auffassung klarlegen, ist der Standpunkt, den Deutschland einnehmen könnte oder würde, bisher mit keiner Silbe verraten.

Daß ein solcher Zustand buntscheckiger Unsicherheit eine Ungerechtigkeit gegen den Handel bedeutet, daß er allen Gesichtspunkten rechtlicher Ordnung und Sicherheit schroff zuwiderläuft, kann gar nicht bestritten werden. Aber auch den Kriegführenden ist mit einer solchen Anarchie nur wenig gedient. Die Meinung, daß damit Bewegungsfreiheit und Anpassungsmöglichkeit an die jeweiligen Kriegsanforderungen für den Kriegführenden verbürgt werde, ist zwar oft in militärischen und politischen Kreisen vertreten worden.

---

[35]) Man. of Nav. Pr. Law, 18 ff., Japan. Reglement § 6. Der amerikanische Code trifft über alle diese Einzelheiten keine besonderen Bestimmungen: es ist daher anzunehmen, daß er in den angegebenen Beziehungen von der bisherigen englischen Tradition nicht abweichen will. Vgl. über die Unterschiede zwischen der französischen und englisch-amerikanischen Auffassung Dupuis, Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines 1899, Ch. IV ff. In der deutschen Literatur (Perels, Ullmann, Liszt) werden diese Unterscheidungen gar nicht oder nur unzulänglich hervorgehoben.

Sie übersieht aber, daß gegenwärtig genug Erfahrungen gesammelt sind: die Staaten können sich heute sehr gut binden, sie brauchen nicht mehr zu fürchten, daß ihnen damit undurchführbare Schranken für den Ernstfall auferlegt würden. Den besten Beweis dafür liefert allein die Tatsache, daß schon zu Beginn eines Krieges solche Anordnungen veröffentlicht werden. In Wahrheit ist aber dieser Zeitpunkt sehr ungeeignet für solche Publikationen. Den Offizieren, die mit der Aufgabe des „Kreuzerkrieges" betraut oder unerwartet zur Ausübung des Visitationsrechtes genötigt werden, fehlt in den meisten Fällen völlig Schulung und Erfahrung in der Handhabung der neuen Instruktionen: Mißgriffe und Irrtümer sind infolgedessen unvermeidlich. Es handelt sich ja nicht um einfache Kunstgriffe, die bloße „Gebrauchsanweisung" einem zu eigen machen kann, sondern um eine zum Teil recht schwer erlernbare Technik. Und eine nicht geringe Anzahl von Rechtsfragen und theoretischen Kenntnissen — man denke an Flaggenrecht, Schiffspapiere, Grundsätze über den Eigentumserwerb an Schiffen — muß man außerdem beherrschen, will man diese Bestimmungen ruhig und ohne Überspannung anwenden. All das muß im Frieden geübt sein.

Und noch ein letzter Grund spricht gegen eine Veröffentlichung erst in Kriegszeiten. Es ist schon im Frieden, also bei rein theoretischer Erörterung, außerordentlich schwer, mit gerechtem Maß die wirtschaftlichen und Handelsinteressen gegen notwendige Anforderungen des Krieges abzuwägen. Ist erst der Krieg ausgebrochen, so steht die Beurteilung solcher Instruktionen völlig unter dem Bann praktisch drohender Beunruhigung für die Handelsschiffahrt. Dann pflegt jedes Gefühl für Gerechtigkeit, jedes Verständnis für noch so drängende Kriegsnot zu fehlen. Dem Kriegführenden würde viel diplomatischer Kleinkrieg und manche ernsthafte Neutralen-Verstimmung erspart werden können, wenn er in ruhiger Zeit seine Prisenreglements zur allgemeinen Kenntnis und Beurteilung gebracht hätte. Und dieselben Erwägungen fordern eine Verständigung durch internationale Bindung.

Mit diesen Bemerkungen ist nicht gesagt, daß alle Fragen des Prisenrechts sich einer allgemeinen, internationalen oder auch nur nationalen Regelung unterwerfen lassen. Manche wird der Ernst des Augenblicks erst beantworten können: Art und Verhalten des Gegners, die politische und geographische Situation, die wirtschaftlichen und allgemein sozialen Verhältnisse des eigenen oder fremden Landes werden neue Lösungen fordern. Und nicht immer wird es möglich oder zulässig sein, damit allgemeine Bahnen für die Zukunft zu weisen. Die Beschränkung auf den einzelnen Fall kann Kirchturmspolitik, sie kann aber auch wohlverstandenes Staateninteresse sein. Man wird gut tun, sich solcher Ausnahmefälle bewußt zu werden, und es mag gerne zugestanden werden, daß kriegsrechtliche Verständigungen oft scheitern mußten, weil man zu viel reglementieren wollte, weil abstrakte und allgemeine Bindungen auch für solche Gebiete gefordert wurden, die die Technik des Einzelfalls nur variabel gestalten kann.

Eine solche Frage ist die Gewährung von Fristen für die Ausübung des Prisenrechts. Der Beginn des Krieges setzt den Handel der Neutralen wie feindlicher Staatsangehörigen Gefahren aus: jeder auf Feindesschiff vermittelte feindliche Handel riskiert eine Wegnahme durch den kriegführenden Gegner, und jedem Schiff droht zum mindesten die Konfiskation seiner Konterbande, d.h. derjenigen Gegenstände, die für die Kriegsmacht (wenn auch nicht notwendig für rein militärische Zwecke) bestimmt sind.

Diese sogen. „indirekten Mittel der Seekriegsführung“ dürfen aber nur Risiko und Gefahr schaffen, sie dürfen nicht zu Feindseligkeiten, zu Angriffen gesteigert werden: denn solche sind nach moderner Kriegsrechtsauffassung allein unter der bewaffneten Macht der Kriegsparteien auszukämpfen. Daraus folgt, daß der friedliche Handel einen Anspruch darauf hat, vorher zu erfahren, wann die Seefahrt mit Kriegsgefahr verbunden ist. Prisenakte dürfen erst vorgenommen werden, nachdem der Kriegszustand bekannt gegeben ist. Und solange uns eine internationale Bindung in dieser Ma-

terie fehlt, darf der Handel auch eine spezielle Bekanntmachung fordern, in welchen Grenzen, in welcher Art Seebeute- und Konterbanderecht, Blockade- und ähnliche den Handel affizierende Maßregeln ausgeübt werden sollen.

Erst wenn dies geschehen ist, kann der Kaufmann den Umfang seines Risikos ermessen und berechnen, ob und unter welchen Bedingungen er sich auch jetzt aufs Meer wagen will. Aber die bloße Bekanntmachung hilft ihm nur zum Teil. Die Schiffe, die sich schon zu Beginn des Krieges in feindlichen Häfen befinden, die schon vor Kriegsausbruch ihre Fahrt angetreten haben, sind dem neuen Zustand unterworfen, ohne daß sie in der Lage waren, sich auf ihn einzurichten. So ist das Bedürfnis nach besonderen Fristen für den Handel entstanden. Im Krimkrieg sind zum erstenmal den in feindlichen Häfen befindlichen und vor Ausbruch des Krieges aufgebrochenen Handelsschiffen des Feindes sechs Wochen Zeit zur ungestörten Beendigung ihrer Reise bewilligt. Die gleiche Frist ist 1859, 1862 und 1866 bewilligt.[36]) 1870 hat Frankreich eine Frist von 30 Tagen bewilligt zum Auslaufen feindlicher Handelsschiffe aus französischen Häfen, sei es, daß sie mit Kriegseröffnung sich dort befinden, sei es, daß sie später hier in Unkenntnis des Kriegszustandes einlaufen.[37]) Im spanisch-amerikanischen Krieg haben die Spanier den am 24. April in spanischen Häfen liegenden amerikanischen Schiffen eine Frist von 5 Tagen zum Auslaufen bewilligt,[38]) Amerika dagegen bewilligte in diesem Krieg, wie auch allgemein in dem Naval war Code den Handelsschiffen des Gegners, sofern sie nicht im militärischen Dienst des Feindes stehen oder Kriegskonterbande liefern,

1. eine Frist von 30 Tagen, wenn sie zur Zeit des Kriegsausbruchs in amerikanischen Häfen liegen, zur Einnahme ihrer Ladung und Abfahrt bis zu ihrem Ziel,
2. die ungehinderte Fahrt nach ihrem Ziel, wenn sie vor

---

[36]) Calvo, Le droit international 2, § 1583.

[37]) Instructions bei Barboux Art. 1 Abs. 2.

[38]) Revue générale de droit international public (Pillet-Fauchille) 5, 762 Art. 2.

Kriegserklärung aus einem amerikanischen Hafen abgefahren sind oder nach einem solchen fahren: in dem letzteren Fall dürfen sie auch noch ihre Ladung löschen und ungefährdet die Fahrt nach irgendeinem nicht blockierten Hafen fortsetzen (Art. 15).

Ganz anders klingen die Bestimmungen im russisch-japanischen Krieg. Japan bewilligte 7 Tage zur Ausfahrt von und zur Heimfahrt nach japanischen Häfen, Rußland bewilligte im Höchstfall 48 Stunden zur Ausfahrt aus russischen Häfen: die Konterbande sollte nach beiden Erklärungen ohne Frist konfiszierbar sein.[39])

Wer diese Zahlen unbefangen auf sich wirken läßt, wird schon aus der ganz verschiedenen Art der Handhabung und der Beschränkung auf den einzelnen Krieg erkennen, daß es sich hier nicht um Rechtspflichten handelte, die die Kriegführenden erfüllen, sondern nur um eine Gunst, die sie gewähren, aber auch — und zwar von Rechts wegen — versagen dürfen. Sie sind auch regelmäßig weder von den Kriegführenden noch in der Literatur anders aufgefaßt worden („Indult", „days of grace" werden sie genannt). Und sie zeigen ferner Voraussetzung und Maß ihrer Gewährung. Je weniger ein Kriegführender auf das Seebeuterecht angewiesen ist, um so „liberalere" Konzessionen kann er der Handelsschiffahrt machen, wer aber zu schwach ist, um mit rein militärischen Mitteln zum Ziel zu kommen, muß die Fristen jedenfalls viel rigoroser bemessen. Typisch ist dafür das Verhalten Amerikas und Spaniens. Die Gunstfristen der Vereinigten Staaten waren begreiflich, da dieser Staat einen wesentlich schwächeren Gegner bekämpfte und sich in jenem Krieg wohl auch aus anderen Gründen wenig Erfolg von dem Seebeuterecht versprechen konnte. Niemals aber hätte sich Amerika bei einem Kampf um Leben und Tod — man denke an einen Krieg mit England — einen solchen Luxus gestatten können. Daher hätte die allgemeine Festlegung in dem Naval war Code beseitigt werden müssen. Da das treffliche „Seekriegsgesetzbuch" inzwischen überhaupt außer Kraft ge-

[39]) Siehe die Erklärungen, die nicht etwa in die allgemeinen Prisenreglements aufgenommen sind, bei Lawrence 51 ff.

setzt ist, lassen sich allgemeine Schlüsse aus jenen Bestimmungen jedenfalls nicht mehr herleiten.

Es ist nicht anders. Solange das Seebeuterecht den Kriegführenden als unentbehrliche Waffe erscheint, muß der Grad der konkreten Kriegsnot entscheiden, ob man solche Fristen überhaupt und in welchem Umfang man sie bewilligen kann. Denn in manchen Fällen wird ihre Gewährung das Seebeuterecht erheblich lahmlegen, wenn nicht illusorisch machen. „Sobald ein Krieg auszubrechen droht, werden alle Interessenten ihre Schiffe telegraphisch anweisen, in den nächsten neutralen Hafen einzulaufen, so daß der Nachteil nicht in dem Verlust der Sache, sondern nur in dem Stillliegen besteht.“[40])

Ein Rechtsanspruch auf Fristgewährung, eine allgemeine spezialisierte Bindung wird daher von keinem Großstaat bis auf weiteres anerkannt werden können.

Die Antinomie zwischen den Interessen der Kriegführenden und der Handeltreibenden verbietet hier eine allgemeine Lösung und verbietet namentlich eine Bindung bloß zugunsten der letzteren auf Kosten der Kriegsnotwendigkeit „cedat regno mercatura, pecunia vitae“. Lawrence rät daher englischen Schiffseigentümern, „die Zeichen der Zeit zu lesen und nicht auf eine Fortdauer jener Gunstgewährung (indulgences) zu rechnen“. Wenn ein Kriegführender — fährt er fort — bei einem plötzlichen Ausbruch eines Krieges seine Häfen voll von feindlichen Handelsschiffen finde, so werde er sich von jeder Gunstfrist dispensieren und voll den Vorteil ausnutzen dürfen, den die Gelegenheit in seine Hände gespielt habe. Und es würde geradezu „strafbare Dummheit“ (criminal folly) für einen Staat sein, das Auslaufen eines schnellfahrenden und für Kriegszwecke leicht verwendbaren feindlichen Handelsschiffes aus seinen Häfen zu gestatten (54/55).

Gewährt der Kriegführende Fristen, so bedeutet das

[40]) Diese Worte Geffkens zu der 7. Aufl. von Heffters Völkerrecht § 139 Anm. zitiert Bonfils-Grah, Lehrbuch des Völkerrechts (1904) 681, um zu beweisen, daß bei jener Fristgewährung das Wegnahmerecht „fast gar keinen Zweck“ mehr habe.

nicht etwa völlige Bewegungsfreiheit für die Schiffe innerhalb dieser Zeit. Vielmehr würde in solchem Falle jedes im Kieler Hafen befindliche Handelsschiff visitiert werden, und nur solche Schiffe könnten die Gunst der Fristen genießen, die keine Konterbande unter ihrer Ladung führen. Die Visitation hat aber in diesem Fall noch einen weiteren Zweck. Nach den Grundsätzen der Pariser Deklaration ist der Handelsverkehr durch neutrale Schiffe, sofern sie nicht Konterbande führen, auch in Kriegszeiten gesichert. Daher ist es ein begreifliches und oft geübtes Manöver der Schiffseigentümer, ihre Schiffe schleunigst an Neutrale zu verkaufen, sobald ein Krieg ausgebrochen ist oder auszubrechen droht. Ein solcher Verkauf kann wirkliches oder bloßes Scheingeschäft sein.

Die Stellung, die die Staaten zu solchen Veräußerungen einnehmen, ist eine verschiedene. Frankreich hat sie in früheren Instruktionen schlechthin für nichtig angesehen, sie dagegen in den Bestimmungen für den Krieg von 1870 anerkannt, sofern solche Operationen in gutem Glauben und nicht zu dem alleinigen Zweck vorgenommen sind, ein in Wahrheit feindliches Eigentum zu verdecken.[41]) Dagegen hat den letztgenannten Grundsatz als allgemeine Regel die englisch-amerikanische Auffassung vertreten. Sie gestattet den Verkauf, falls eine Zessionsurkunde an Bord ist und erkennen läßt, daß ein unbedingter und wirklicher Verkauf bona fide stattgefunden hat. Die in dem englischen Handbuch dem visitierenden Offizier vorgeschriebene Prüfung ist freilich so rigoros und speziell, daß die Vergünstigung in den meisten Fällen illusorisch sein wird, jedenfalls wenn man jene Prüfung mit voller Strenge durchführt. Nichtig ist in jedem Fall die Übertragung eines Schiffes ohne Besitzübergabe, nachdem es seine Fahrt angetreten hat („Verkauf in transitu").[42])

Dasselbe Prinzip befolgt Japan. Es behandelt Schiffe als feindlich, „deren Eigentum vor dem Kriege, aber in Erwartung des Kriegsausbruchs oder während des Krieges vom feindlichen Staate oder einer feindlichen Privatperson

[41]) Instr. 7 (Barboux 150) und Dupuis 127/128.

[42]) Man. of Naval Prize Law, sect. 19 Ziff. 4 u. 5.

auf eine in Japan oder in einem neutralen Staate ihren Wohnsitz habende Person übertragen worden ist, wenn nicht der Nachweis erbracht wird, daß die Eigentumsübertragung in gutem Glauben und ungeteilt erfolgt ist". Dieser Nachweis gilt als nicht erbracht, „wenn die Eigentumsübertragung während der Seereise stattgefunden hat (§§ 6 und 7 Ziff. 3). Die gleichen Grundsätze sind für die Veräußerung von Waren unter denselben Voraussetzungen getroffen (§ 9 Ziff. 2).[43])

Nehmen wir an, Deutschland würde ähnliche Bestimmungen besitzen. Das Visitationsrecht wäre dann jedenfalls auch zu dem Zwecke notwendig, um solche Scheinübertragungen aufzudecken. Man müßte aber weitergehen. Wenn ein Staat bei Kriegsausbruch im Interesse der Handelsschiffahrt Fristen bewilligt, so geschieht es, um diesen das ungefährdete Aus- oder Einlaufen zu ihrem Reiseziel zu ermöglichen. Die Benutzung einer solchen Frist, um das Eigentum an dem Schiff an Neutrale zu übertragen, ist damit nicht erlaubt. Im Gegenteil: sie wäre als Mißbrauch der Frist aufzufassen.

Eine Veräußerung, die während der Frist erfolgte, müßte daher als nichtig angesehen werden, selbst wenn sie im übrigen anzuerkennen wäre. Die Frage ist in der Literatur, soviel ich weiß, nicht behandelt. Jedenfalls scheint es geboten für den Kriegführenden, der Fristen überhaupt gewähren will, sich gegen solche Übertragungen zu schützen, und etwa die Konfiskation des Schiffes als Rechtsfolge des Mißbrauches, zugleich mit der Fristbewilligung, anzudrohen.

II.

5. Die Staaten leben ebensowenig wie die sie bildenden Individuen ein isoliertes Leben. Sie sind durch tausendfache Bande des wirtschaftlichen, sozialen und politischen Verkehrs miteinander verknüpft, sie können daher wohl teilnahmlos auf schwere Veränderungen ihrer Staatenbrüder sehen —

[43]) Über die Veräußerung von Waren in transitu oder nach Kriegsausbruch vgl. Dupuis N. 143 und De Boeck, De la propriété privée ennemie sous pavillon ennemie (1882) No. 162.

den Einflüssen und Rückwirkungen solcher Vorgänge auf ihr eigenes Dasein können sie sich nicht entziehen. Das lehrt jeder Krieg, mag er noch so streng lokalisiert bleiben, — und jeder neue Krieg hat bisher gezeigt, daß diese Zusammenhänge reicher und enger werden, d. h. die Neutralen in immer erheblicher werdendem Maße in den Bannkreis der Kriegführenden ziehen. „Neutral sein" wird heute niemals heißen können: gänzlich unberührt von einem Kriege bleiben.

Schwerer ist es, positiv zu sagen, was „Neutralität" ist. Um diese Frage zu beantworten, muß man zuerst wissen, daß die Neutralität als ein Rechtsverhältnis des Völkerrechts Rechte und Pflichten schafft lediglich für Staaten, daß sie nicht imstande ist, Individuen zu binden und zu berechtigen.

Und zweitens ist zu beachten, daß die Neutralitätsstellung nicht bloß Unparteilichkeit gegen beide Kriegführenden fordert, sondern darüber hinaus jede Beteiligung an der Kriegführung, jede Unterstützung kriegführender Staaten verbietet. Diesen Pflichten entspricht das Recht der Neutralität: der Anspruch des Staates darauf, daß auf seinem Gebiet keine Kriegsaktionen vorgenommen werden, daß seine staatlichen Hoheitsrechte (Souveränetät, Gesandtschaftsrechte, Schutz- und Gebietshoheitsrechte) nicht durch den Krieg beeinträchtigt werden.

Da nach diesen Sätzen nur ein Staat und sein Gebiet neutral sein können, hat der Einzelne, soweit er nicht Staatsorgan, z. B. Offizier oder Beamter ist, das Recht, einem Kriege zwischen anderen Staaten fernzubleiben oder sich an ihm zu beteiligen. Er kann in die Armee, Marine oder in eine besondere Nichtkombattantenstellung bei einem der Kriegführenden eintreten: damit ändert sich zwar seine Beziehung zu den Kriegsparteien, die Neutralität seines Staates aber wird durch seine Handlungen nicht im geringsten affiziert. Wenn die englische Neutralitätserklärung von 1898 und andere nationale Instruktionen den Eintritt in Armee oder Flotte eines Kriegführenden allen Staatsangehörigen nur mit Genehmigung der Regierung erlauben und Übertretungen des Verbots mit Strafe bedrohen (sect. 3), so werden damit Kontroll- und Strafbefugnisse für die englische Regie-

rung geschaffen — aber vom völkerrechtlichen Standpunkt, für die Auffassung der Neutralität, ist es völlig gleichgültig, ob eine Regierung eine solche Pflicht statuiert oder ein gesetzliches Eingreifen hier überhaupt ablehnt. Verpflichtet ist keine Regierung zur Aufstellung solcher Bestimmungen. Daher kann sie ja auch, wie aus der englischen Erklärung zu entnehmen ist, den Eintritt in den Kriegsdienst gestatten. Und ebensowenig ist der Angehörige eines neutralen Staates irgendwie gehindert, seine Handelsbeziehungen zu beiden oder auch nur einem der Kriegführenden fortzusetzen oder einzustellen. Er darf Handel und Politik treiben, d. h. politische Antipathien und Sympathien mit der Sache der Kriegführenden durch Abbruch der Handelsbeziehungen mit der einen, durch Neuanknüpfung und verstärkte Beziehungen zu der anderen Partei zum Ausdruck bringen. Solange seine Regierung hierzu keine Stellung nimmt, bleibt sie neutral, selbst wenn sie offenkundig mit dem Verhalten ihrer Kaufleute sympathisiert.

Und hierin tritt auch keine Änderung ein, wenn der einzelne Konterbande an die Kriegführenden vertreibt: er tut es auf die Gefahr der Beschlagnahme, er unternimmt ein riskantes Geschäft, keine Neutralitätsverletzung. Aber auch der Staat, der solchen Handel seiner Untertanen nicht verhindert, hat seine Neutralitätspflichten keineswegs verletzt. Diese verbieten ihm zwar, selbst Konterbandelieferungen auszuführen, sie verpflichten ihn aber nicht, die eigenen Untertanen davon zurückzuhalten. Ja, man wird noch weiter gehen müssen: völkerrechtlich hat er, jedenfalls vom Standpunkt der Neutralität, nicht einmal das Recht zu solchen Verboten. Denn die Repression des Konterbandehandels ist Sache der Kriegführenden, ist indirektes Mittel der Seekriegsführung. Wenn der neutrale Staat einen solchen Handel verhindert, so unterstützt er damit eine Kriegspartei, er beeinflußt gerade dadurch die Chancen der Kriegführung und sündigt also gegen seine Verpflichtung, neutral zu bleiben. Wenn Dänemark[44]) im

[44]) Vgl. Neutralitätserlasse, 1854—1904, Marine-Rundschau, 14. Beiheft (1904) 228/229 und Rev. gén. 1904, Documents 1 ff.

russisch-japanischen Krieg seinen Untertanen die Zuführung von Kriegskonterbande an die Kriegführenden unter Strafe verboten hat, so traf die Schädigung nur Rußland, nicht etwa auch Japan. Und wenn selbst die geographische und wirtschaftliche Situation eines neutralen Landes so wäre, daß seine Handelsverbote beide Kriegführende gleich schwer treffen, — ein Fall, der im Grunde wohl nie gegeben sein wird — und der Staat auch seine Verbote in die Praxis umzusetzen versuchte, so würde er damit die Zuführung von Kriegsmitteln an den Gegner verhindern, d. h. eine Aufgabe ausführen, die sonst den Kriegsparteien zufiele, sich also sehr greifbar am Kriege beteiligen. Und diese Kriegsbeteiligung wird dadurch nicht zu einem neutralen Verhalten, daß sie gegen beide Kriegsparteien wirkt. Schließlich hat ein Staat nicht einmal die Möglichkeit, in diesen Dingen seinem Willen Erfüllung zu verschaffen. Er kann gelegentlich mit Erfolg großen Fabriken Waffenlieferungen an die Kriegführenden[45]) untersagen. Aber es ist nicht daran zu denken, daß seine Verbote allgemein befolgt werden würden. Er müßte sich mit einem Heer von Spitzeln umgeben, die die Geheimnisse der Speicher und Kontore ausspionieren und jedes überseeische Frachtgut auf Inhalt und Bestimmung untersuchen, — er müßte eine heillose Polizeikontrolle einführen, die sich der Handelsstand — mit vollem Recht! — nicht gefallen ließe, die er, falls seine Proteste ungehört blieben, erfolgreich umgehen würde.[46])

[45]) In der Behandlung dieser Frage ist ein bemerkenswerter Wandel zu verzeichnen. 1870 hat sich die deutsche Regierung bei der englischen wegen der Waffenverkäufe nach Frankreich beschwert (vgl. Calvo, Droit international, § 2330) und während des Burenkrieges deutschen Fabriken die Waffenzufuhr nach England untersagt (Perels 235 Anm.). 1904 aber hat der Reichskanzler mit Recht erklärt, daß ein solches Verbot vom Standpunkt der Neutralität nicht mehr berechtigt erscheint und auch von anderen Staaten, z. B. England, nicht mehr aufgestellt werde (StenB des RT. 14. April 1904, 2070 f).

[46]) Dieser Gesichtspunkt wurde in den Verhandlungen des „Institut de droit international" Annuaire 1896 von den Beer Poortugael betont, 7 ff. Kleen, Calvo, Heffter, Gessner forderten dagegen die Unterdrückung der Konterbandelieferung durch den neutralen Staat, allerdings unter Beschränkung auf die absolute Konterbande, 10 ff. und Kleen, De la contrebande de guerre (1893) 59 ff.

So ist mit aller Schärfe daran festzuhalten, daß die Grenzen zwischen dem erlaubten Handeln des einzelnen auf eigene Gefahr und den Verpflichtungen der neutralen Staatsgewalt nicht in praktisch undurchführbarer und zugleich theoretisch unberechtigter Art verwischt werden. „Wenig Regeln des Völkerrechts sind so sicher, als die: daß eine neutrale Regierung nicht verantwortlich gemacht werden kann, wie für einen Neutralitätsbruch, weil ihre Staatsangehörigen Konterbandehandel getrieben haben.“[47])

Leider ist die Sicherheit dieser Regel in mehrfacher Weise in Frage gestellt. Von autoritativer literarischer Seite (namentlich von Calvo und Kleen) ist die Neutralität zu der Forderung überspannt worden, daß auch der neutrale Staatsangehörige die Kriegsmacht nicht verstärken dürfe, und daß ihn seine Regierung hieran verhindern müßte. Und der gleiche theoretische Irrtum fand seinen Weg in die Praxis infolge der „Alabama claims“ der Amerikaner nach Beendigung ihres Krieges mit den Südstaaten. Die drei dem berühmten Streitfall als Beurteilungsnorm vorgelegten Regeln des Vertrages von Washington (8. Mai 1871) verpflichten jede neutrale Regierung

1. hinreichende Sorgfalt anzuwenden, um innerhalb ihrer Jurisdiktion Ausrüstung, Bewaffnung, Equipierung jedes Schiffes zu verhindern, von dem sie mit ausreichendem Grund glauben kann, daß es bestimmt ist, gegen eine Macht, mit der sie in Frieden lebt, zu kreuzen ... und ebenso die gleiche Sorgfalt anzuwenden, um das Auslaufen eines solchen Schiffes zu verhindern, sofern es ganz oder zum Teil, innerhalb ihres Gebietes, für Kriegszwecke tauglich gemacht ist,
2. nicht zu erlauben oder zu dulden, daß ein Kriegführender sich ihrer Häfen oder Gewässer als Basis mari-

[47]) Wheaton 671 ff. Ebenso Hall 78 ff., Justice Story bei Phillimore, Commentaries upon International Law (2) (1873) 3, 408, Morse, De l'exercise du droit de visite, du blocus, de la contrebande de guerre et des prises maritimes. — Point de vue américain — im Journal du droit international privé (Clunet 1898) 1007.

timer Operationen (as the base of naval operations) gegen den anderen bediene, oder sie dazu benutze, um seine militärischen Vorräte (military supplies) oder Waffen zu vermehren noch Mannschaften anzuwerben,

3. hinreichende Sorgfalt in ihren Häfen und Gewässern, sowie in bezug auf alle Personen innerhalb ihrer Jurisdiktion anzuwenden, um jede Verletzung der vorbenannten Verpflichtungen zu verhindern.[48])

In diesen Grundsätzen werden dem einzelnen Neutralitätspflichten auferlegt: er darf nicht Schiffe für Kriegszwecke bauen oder ausrüsten, er darf nicht — wenigstens nicht in neutralem Gebiet — Kriegsvorräte und Waffen liefern — die Regierung aber wird gebunden, die Erfüllung dieser Verbote zu garantieren. Diese Pflicht der Regierung kam zum Ausdruck darin, daß gelegentlich jene Alabama-Regeln wörtlich in Neutralitätserklärungen aufgenommen wurden — so in die englischen „Regulations" während des spanisch-amerikanischen Krieges (sect. 1b) — sie wurde ferner betont durch eine Reihe sehr spezialisierter Verbote und Strafandrohungen in diesen Erklärungen an die neutralen Staatsangehörigen.[49]) Die reale Bedeutung dieser Anordnungen war zunächst sehr gering — sie standen vielfach nur auf dem Papier, und die Lokalbehörden haben in manchen Kriegen sich fast bemüht, Verletzungen nicht zu bemerken. Ihre symptomatische Wirkung wurde aber mit jedem Krieg größer. Sie führten zu Forderungen und Pressionen der Kriegführenden oder mächtiger Neutralen, sie drängten die Kleinstaaten in die gleiche Richtung, oft sehr gegen ihren Willen, sie ermöglichten den Regierungen, jene Verbote zu ungunsten eines Kriegführenden streng durchzuführen, und

---

[48]) Zur Beurteilung dieser Regeln sind die Aufsätze in der Revue de droit intern. 1874, 453 ff. zu vergleichen und zwar namentlich die Kritik von Lorimer ebenda 542—559.

[49]) Neben den englischen und amerikanischen „foreign Enlistment Acts" von 1870 und 1898 sind namentlich zu vergleichen die Bestimmungen der Niederlande (Neutralitätserklärung von 1870, 1898 und 1904), Italien (1870) und Dänemark (1898, 1904). Siehe auch die Zusammenstellung in der Marine-Rundschau, Neutralitätserlasse, 186/187.

dadurch straflos, unter der Maske der Neutralität, die andere Partei zu unterstützen. Es sind namentlich zwei Fragen, deren Entscheidung durch die Nachwirkung der Alabama-Regeln verwirrend beeinflußt ist, und bei denen eine Grenzregulierung der Neutralenpflichten dringend not tut:

1. die Zulässigkeit der Ausrüstung und des Verkaufs von Kriegsschiffen an die Kriegsparteien,
2. die Grenzen erlaubter Benutzung neutralen Wassergebiets.

Was für beide Fragen heute Rechtens ist, und nach welcher Richtung eine internationale Verständigung de lege ferenda zu wünschen ist, mag mit kurzen Strichen innerhalb der Grenzen des Themas angedeutet werden.

6. Deutschland ist neutral während eines Seekrieges. Es ist unbestritten, daß dann unsere Staatswerften den Kriegführenden keine Kriegsschiffe liefern dürfen, solange der Krieg schwebt, und daß dieses Verbot auch für solche Bestellungen gilt, die vor Kriegsbeginn übernommen wurden. Wie aber steht es mit unseren Privatwerften? Dürfen sie Schiffe verkaufen, bauen, und aus neutralem Gebiet während des Krieges absenden, auch wenn sie für Kriegszwecke geeignet sind, und die Art der Bestellung keinen Zweifel läßt, daß sie für solche Zwecke in dem schwebenden Kriege verwendet werden sollen?

Nach den dargestellten allgemeinen Neutralitätskriterien ist die Frage zu bejahen, solange und insoweit jene Schiffe im neutralen Gebiet nur Handelsschiffe bleiben. „Wenn sie nach der Konstruktion ihres Rumpfes, der inneren Einrichtung oder anderen Anzeichen augenscheinlich für Kriegszwecke gebaut sind und nach dem feindlichen Hafen gehen, um an den Feind verkauft oder übergeben zu werden“[50]) — so sind sie infolge dieser Eigenschaften nach übereinstimmender Ansicht des russischen und japanischen Prisenreglements, aber auch nach allgemeiner Völkerrechtsanschau-

---

[50]) Russische Konterbandeerklärung. Ebenso Japan 37[4] und 46: „ohne Rücksicht auf ihre Nationalität“ sind aufzubringen und zu konfiszieren „Schiffe, von welchen ihrer Ausrüstung nach anzunehmen ist, daß sie für den feindlichen Kriegsdienst bestimmt sind“.

ung unzweifelhaft der Beschlagnahme und Konfiskation durch den Kriegführenden, auch unter neutraler Handelsflagge, ausgesetzt, sobald sie das neutrale Gebiet verlassen. Aber eben um deswillen sind sie Konterbande, deren Repression nicht die Aufgabe des neutralen Staates ist. Wie darf ein Kriegführender verlangen, daß ein neutraler Staat ihm den „Kreuzerkrieg“ erleichtere?

Und noch ein weiterer Grund erlaubt jenen Handel. Der Kriegführende darf sich, wie wir gesehen haben, Schiffe, die fürseine Kriegsaktionen notwendig sind, kraft des Angarienrechtes gegen Entschädigung aneignen, ohne damit die Rechte der Neutralen zu verletzen.

Wenn aber ein Zwangskauf eines solchen Handelsschiffes berechtigt ist, und die neutrale Staatsgewalt unberührt läßt, so kann auch der freiwillige Verkauf durch private Werften keinen Einfluß auf die Neutralenstellung ausüben, keine Neutralitätsverletzung sein: in beiden Fällen handelt es sich vielmehr um bloße Handelsunternehmungen für Kriegszwecke.

Die Situation ändert sich dagegen, wenn das auslaufende Schiff, nicht bloß verwendbar für Kriegszwecke, seine Reise zum Feinde antritt, sondern bereits auf neutralem Gebiet zu einem kampffähigen Kriegsschiff geworden ist, gegen das der Kriegführende nicht mehr mit Visitation und Beschlagnahme, sondern nur durch Anwendung direkter Kriegsmittel vorgehen kann. Ist das der Fall, so ist auf neutralem Gebiet eine Kriegsoperation ermöglicht worden. Der neutrale Staat hat auf seinem Gebiet die Vorbereitung einer „warlike operation“, einer „expedition hostile“ geduldet. Das ist Mißbrauch seines Staatsgebietes für Kriegsaktionen, nicht mehr privater Handel.

Die Alabama-Regeln gehen nun freilich weiter, wie oben zu lesen ist. Aber ihre Grundsätze sind nach dieser Richtung niemals zu geltenden Völkerrechtssätzen erstarkt. Das ist zwar oft behauptet, der Beweis dafür ist aber nicht zu bringen. England, das, dem amerikanischen Drucke folgend, die Alabama-Grundsätze für den Schiedsspruch akzeptiert hatte, erklärte ausdrücklich, daß diese Regeln nicht den zur Zeit des Konfliktsfalls geltenden Völkerrechtsgrund-

sätzen entsprächen, und es hat offiziell seinen Widerspruch gegen diese Prinzipien ausgesprochen, als im englischen Parlament die Anregung verfolgt wurde, sie den übrigen Seemächten zur Anerkennung für die Zukunft vorzulegen.[51])

Eine solche Anerkennung ist auch seither nicht erfolgt. Eine Reihe von Neutralitätserklärungen hat zwar das Verbot der Ausrüstung von Schiffen für Kriegszwecke in neutralem Gebiet übernommen. Rechtschaffende Kraft kann aber solchen Erklärungen aus mehrfachen Gründen nicht zugesprochen werden. Es sind Dokumente, die die politische Situation eines Landes während eines konkreten Krieges widerspiegeln, und die schon um deswillen keine allgemeine Bindung aussprechen. Es sind Regeln, die oft gerade durch ihre Schärfe erkennen lassen, daß der neutral bleibende Staat der einen Kriegspartei helfen will: die Diplomatie nennt das „wohlwollende Neutralität!" Auch ändern sich die Anschauungen der gleichen Nation in diesen Erklärungen. Die japanischen Neutralitätsregeln von 1870 z. B. kennen das Verbot nicht und haben es erst in späteren Kriegen, seit 1898, übernommen. Ferner: Frankreich, Österreich, Rußland, Portugal und Deutschland haben sich nie zu ihm bekannt.

So kann von einem übereinstimmenden und kontinuierlichen nationalen Recht auch nur der beachtenswerten Seemächte keine Rede sein. Und schließlich lassen sich nicht einmal diejenigen Neutralitätserklärungen, die den Spuren der Alabama-Entscheidung gefolgt sind, allgemein in dem angegebenen Sinne interpretieren. Vor allem nicht die englische. Hier ist — und zwar sowohl 1898 wie 1904 — Bauen, Ausrüstung und Absendung von Schiffen im englischen Staatsgebiet Privaten verboten, wenn sie auch nur Grund zu der Annahme haben, daß solche Schiffe verwendet werden sollen „in the military or naval service" einer Kriegspartei (sect. 10 ff.). Mit Recht betont die englische Lite-

[51]) Vgl. die Ausführungen von Kusserow, Revue de droit 1874, 62. Dort auch das sehr berechtigte abfällige Urteil Bismarcks über diese Regeln: was für Armierung von Schiffen gelte, müsse dann auch auf Waffenlieferungen überhaupt ausgedehnt werden!

ratur, daß das Verbot des Bauens solcher Schiffe „über das Völkerrecht“, d. h. über die den Völkern kraft Neutralitätsrecht auferlegten Pflichten hinausgeht.[52])

Sie übersieht aber, daß auch Absendung und Verkauf durch die „Enlistment Acts“ keineswegs allgemein verboten sind, sondern nur, wenn sie geschehen „without the licence of His Majesty“.

Die Regierung verpflichtet sich also gar nicht den Kriegführenden gegenüber. Im Gegenteil: sie behält sich nach dieser Erklärung zweifellos das Recht vor, eine solche Erlaubnis zu erteilen. Dadurch wird implicite anerkannt, daß die Gewährung der Erlaubnis keinen Neutralitätsbruch der Regierung nach englischer Auffassung darstellt. Wenn also im gegenwärtigen Krieg wegen der Absendung eines auf englischer Privatwerft ausgerüsteten Torpedobootes „Caroline“ für die russische Regierung die schuldigen Werftbesitzer bestraft sein sollen,[53]) so darf das nicht etwa als Präzedenzfall zugunsten der sog. „strengen Neutralitätsauffassung“ ausgebeutet werden: es ist eben geschehen, weil jene Erlaubnis nicht eingeholt war, jedenfalls wäre die Bestrafung nur dann im Einklang mit der englischen Bestimmung gewesen, wenn sie aus diesem Grund erfolgte.

Hieraus folgt, daß die deutsche Regierung keinen Grund hatte, den Verkauf von Handelsdampfern des Lloyd und der Hamburg-Amerika-Linie an die russische Regierung zu verbieten, wie dies namentlich Lawrence fordert.[54]) Das

[52]) Lawrence a. a. O. 182, Wheaton 612, Hall 606.

[53]) Holland, Les devoirs des neutres dans la guerre maritime et les événements récents in der Revue de droit 1905, 362 ff. Vgl. auch den Artikel von „R.“ Marine-Rundschau 1905, 1504 ff., wo der Vortrag Hollands im Auszug deutsch wiedergegeben und mit kritischen Bemerkungen versehen ist.

[54]) Lawrence 183, 184; Holland a. a. O. 360 hatte das gleiche aus einem anderen Grunde gefordert. Er hatte diese Dampfer, weil sie von der deutschen Regierung subventioniert seien, um im Ernstfall als Kreuzer verwendet zu werden, als „Bestandteil der deutschen Flottenreserve“ bezeichnet und deshalb ihren Verkauf als ungesetzlich angesehen. Mit Recht wird dagegen in dem zitierten Aufsatz von „R.“ betont, daß solche internen und nur eventuellen Abmachungen das internationale Recht nichts angingen (1505). Vor allem sind sie dadurch noch nicht zu Kriegsschiffen geworden.

Völkerrecht nötigt uns keineswegs zu einem solchen Verbot. Jene Dampfer waren zwar für Kriegszwecke verwendbar und sollten auch dafür in concreto verwendet werden. Aber erst besondere Vorbereitungen: Bewaffnung und Bemannung, konnten sie kampffähig machen. Bis dahin blieben sie also lediglich Handelsschiffe, die der Konfiskation durch den Feind als Konterbande ausgesetzt sind. Nur der Konfiskation. Der eigene neutrale Staat ist nach bisherigem Völkerrecht nicht berechtigt, jedenfalls nicht verpflichtet, den Handel mit Konterbande zu verbieten. Ein nationales Verbot nach Art der englischen Neutralitätserklärung besteht für Deutschland auch nicht. Würde es aber bestehen, so wäre Lawrence immer noch die Behauptung seines englischen Kollegen Holland entgegenzuhalten: „Die foreign Enlistment Acts“ sind nicht der Maßstab für internationale Pflichten, und kein fremdes Land hat daher Grund, sich zu beklagen, wenn sie nicht angewendet werden“.[55])

7. Die Frage, ob und innerhalb welcher Grenzen ein neutraler Hafen: speziell der Kieler Hafen der Benutzung der Kriegsparteien zugänglich sei, steht mit der eben behandelten Materie in engstem Zusammenhang. Auch hier haben die Alabama-Regeln Schranken für das Verhalten einer neutralen Regierung zunächst für die Entscheidung des englisch-amerikanischen Streites aufgestellt, zugleich aber den Anspruch erhoben, damit allgemeine völkerrechtliche Bindungen auszudrücken. Und auch hier ist die vorgezeichnete Richtung durch nationale Reglements unter englisch-amerikanischer Führung verfolgt und verschärft worden.

Günstiger ist die Situation nur insofern, als das von den Alabama-Regeln aufgestellte Prinzip in diesem Fall nicht einen unzulässigen Übergriff in die unantastbar zu lassende Handlungsfreiheit der Privaten enthält, sondern in der Tat seine Sanktion in staatlichen Neutralitätspflichten findet. „Neutrales Staatswasser-Gebiet darf nicht als Basis maritimer Operationen von den Kriegführenden benutzt werden.“ An diesem Satz der Alabama-Regeln wird festzuhalten sein.

---

[55]) Holland, Revue de droit 1905, 363.

Eine jede derartige Benutzung wider den Willen des neutralen Staates ist Verletzung seiner Neutralitätsrechte, eine jede Benutzung mit seinem Willen Verstoß gegen seine Neutralitätspflichten. Denn in beiden Fällen handelt es sich um einen Mißbrauch neutralen Staatsgebietes im Dienste für Kriegsaktionen, genauer gesagt: für Zwecke des Angriffs oder der Verteidigung.

Nach dieser Richtung sind sich auch alle Staaten, die ausführliche Neutralitätsregeln erlassen haben, einig. England hat 1898 wie 1904 die Benutzung seiner Häfen und Gewässer, auch in den Kolonien, als Ausgangspunkt für kriegerische Zwecke (sect. 3), Amerika zur Vorbereitung feindlicher Operationen oder als Beobachtungsposten (1870, 1904, sect. 2), Frankreich die Benutzung „für einen Kriegszweck" (1898, 1904, § 1 [1]) verboten. Und in ähnlicher Formulierung drücken den gleichen Gedanken die drei skandinavischen Länder, Portugal, Italien, Ägypten und Japan aus.[56])

Es ist nur eine Konsequenz dieses Verbots, wenn die Neutralen bei einem Zusammentreffen von Kriegsschiffen beider Parteien in ihrem Gebiet bestimmen, daß das Auslaufen nur in einem Abstand von mindestens 24 Stunden erfolgen darf. Auch hier herrscht daher allgemeine Übereinstimmung.[57])

Darüber hinaus aber beginnt der Streit und die in verschiedener Regelung sich dokumentierende Unsicherheit.

Wie lange dürfen wir Kriegführenden ein Asyl in unserm Kieler Hafen gewähren? Dürfen unsere Privatwerften beliebige Reparaturen an ihren Kriegsschiffen vornehmen, unsere Lieferanten sie mit Kohlen und sonstigen Vorräten versehen, so oft und so viel sie fordern? Und wenn Beschränkungen nach allen diesen Richtungen aus Neutralitätsgründen notwendig erscheinen, — nach welchem Gesichtspunkt sind sie zu präzisieren?

---

[56]) Zur Vermeidung überflüssiger Zitate sei auf die Zusammenstellung der Neutralitätserlasse in der Marine-Rundschau 188a verwiesen.

[57]) Außer bei den eben erwähnten Staaten findet sich die Bestimmung noch bei Rußland, Holland, Spanien: Marine-Rundschau 188b.

In der Beantwortung dieser Fragen trennen sich die Wege der englisch-amerikanischen und der französischen Auffassung.

Die Engländer und Amerikaner erlauben seit dem Sezessionskrieg in ihren Neutralitätsregeln nur einen Aufenthalt von 24 Stunden. Schlechtes Wetter oder Mangel an Vorräten, die zur Unterhaltung der Mannschaft notwendig sind, können den Aufenthalt verlängern. Aber die Hafenbehörden haben dafür zu sorgen, daß die Schiffe auslaufen, sobald der Hinderungsgrund wegfällt. Sie dürfen zwar notwendige Reparaturen in den neutralen Häfen vornehmen lassen, aber 24 Stunden nach ihrer Erledigung müssen sie das Gebiet verlassen. Kohlen darf ihnen nur eine solche Menge gegeben werden, um den nächsten Hafen des eigenen Landes (oder einen näher gelegenen neutralen) erreichen zu können, und, wenn dies einmal geschehen ist, so darf es in neutralen Häfen desselben Staates erst wieder nach 3 Monaten erfolgen.

Im Gegensatz zu diesen spezialisierten und dezidierten Verboten gilt für die französische Anschauung nur das allgemeine Prinzip, daß Kriegführende neutrale Häfen zwar nicht für Kriegszwecke mißbrauchen, auch nicht ihre militärische Macht hier verstärken dürfen. Im übrigen aber soll ihnen keine Aufenthaltsdauer vorgeschrieben werden, sie dürfen friedliche Beziehungen mit allen Schiffen des neutralen Gebietes, auch denen ihres Feindes unterhalten und schließlich sich Lebensmittel besorgen und Reparaturen vornehmen lassen, die erforderlich sind zur Erhaltung der Mannschaft oder der Sicherheit ihrer Schiffahrt. Das Wort „Kohlen“ findet sich in den französischen Neutralitätsregeln überhaupt nicht.

Einen deutlicheren Beweis für den ungeklärten und unsicheren Zustand des Neutralitätsrechts als diese fast völlig einander entgegengesetzten Bestimmungen kann man sich kaum vorstellen. Daraus folgt denn zunächst, daß wir kein Recht haben, von geltendem Völkerrecht in diesen Fragen zu reden. Man muß aber noch weiter gehen. Berechtigt ist nicht einmal die Behauptung, daß sich in der Gegenwart

die englisch-amerikanischen Bindungen auch nur die überwiegende Zustimmung in dem Rechtsgefühl der einzelnen Staaten erworben hätten, daß sie durch übereinstimmende Neutralitätsregeln und gleichartige praktische Handhabung zu einer Völkerusance geworden seien. Das zeigt eine Übersicht über die Neutralitätsregeln in dem Zeitraum von 1870 bis 1904. Freilich haben sich in dem russisch-japanischen Krieg eine Reihe von Staaten neu zu den angelsächsischen Regeln bekannt. Aber es ist zuverlässig verbürgt, daß dies in vielen Fällen unter englisch-japanischem Druck geschah — „der Not gehorchend, nicht dem eigenen Trieb", — und es wird wohl kaum eine übereilte Vermutung damit ausgesprochen, daß zum anderen Teil Antipathie gegen die Art der russischen Kriegführung daran schuld war. Von irgendeiner Tradition, die dadurch geschaffen oder angebahnt wäre, ist auf Grund solcher Tatsachen gewiß nicht zu reden. Man vergleiche: Dänemark hat 1870 jene Beschränkungen überhaupt nicht, 1898 „nur" für seine westindischen Inseln akzeptiert, und 1904 die Kohlenergänzung „lediglich in seinen Häfen und Reeden" untersagt, im übrigen aber „mit Genehmigung der Regierung" Kohlen auch für irgendeine neutrale Bestimmung (also nicht bloß für einen näher als den eigenen Hafen gelegenen neutralen Hafen) gestattet (27. April 1904). Spanien hat zwar 1870 die englische Kohlenbeschränkung — ohne die Bestimmungen über Aufenthaltsdauer und Reparaturerlaubnis — dekretiert, 1904 aber keinerlei Regeln dieser Art übernommen. Portugal hat zwar 1898 und 1904 nur einen „kurzen Aufenthalt" in seinen Häfen gestattet, eine Kohlenbeschränkung aber überhaupt nicht erwähnt und für Reparaturen lediglich eine Verbesserung oder Vermehrung der artilleristischen Ausrüstung" untersagt (Art. 3 § 3). Die Niederlande haben 1898 das 1870 noch unbeschränkte Asylrecht im Sinne der englischen 24-Stundenregel eingeschränkt, 1904 aber über die Aufenthaltsdauer überhaupt nichts bestimmt. Sie haben die Vornahme von Ausbesserungen und Wiederherstellungen in ihrem Gebiet untersagt (Art. 4), die Lieferung von „Lebensmitteln und Feuerungsmaterial" aber nur „ohne vorherige Genehmi-

gung der zuständigen örtlichen Behörde" verboten (11. Februar 1904, Art. 5). Italien, das noch 1870 die englischen Beschränkungen akzeptiert hatte, schweigt 1905 vollständig darüber.[58] Österreich-Ungarn hat 1870 unbeschränkte Aufenthalts- und Reparaturerlaubnis erteilt, und die Kohlenfrage überhaupt nicht erwähnt: es hat 1904 nur auf die Pflichten der Neutralität — ohne irgendwelche Spezialisierung — hingewiesen (17. Februar 1904). Rußland hat 1898 die englische Aufenthaltsbeschränkung rezipiert, im übrigen aber eine Verlängerung infolge schlechten Wetters, Mangels an Vorräten für die Mannschaft oder zu notwendigen Reparaturen „mit Spezialerlaubnis der Regierung" gestattet (18. April 1898, Art. 4.). Und Frankreich schließlich hat seine alten Neutralitätsregeln auch 1904 unverändert wiederholt (15. Februar 1904).

Diese Übersicht zeigt zur Genüge, daß die moderne Situation nicht zu einer Suprematie der englischen Neutralitätsauffassung geführt hat. Und dies Ergebnis würde seine Bedeutung behalten, auch wenn die praktische Handhabung in dem letzten Kriege durchgängig den englischen Weisungen gefolgt wäre.

Das ist aber keineswegs der Fall. Portugal und Holland haben zwar die Kohlengewährung abgeschlagen, und Spanien hat wenigstens zuerst Schwierigkeiten gemacht. Dafür hat aber Dänemark den russischen Kriegsschiffen außerhalb seiner Reeden längeren Aufenthalt und Kohlen gewährt, und namentlich Frankreich hat sich trotz sehr scharfer Proteste Japans, Englands und Amerikas nicht abhalten lassen, der russischen Flotte Asyl und Kohlenergänzung in allen seinen Hoheitsgewässern in reichem Maße zu bewilligen. Erst bei ihrem Eintreffen in den indochinesischen Gewässern ist auf japanischen Protest hin in der Kamranbay eine weitere Kohlenversorgung und Asylgewährung durch Frankreich untersagt.

Ebenso sind die Aufforderungen zum Verlassen und die Entwaffnungen russischer Kriegsschiffe bei Nichtbeachtung

[58]) Revue générale 1904, Documents 11. Februar 1904.

erst in unmittelbarer Nähe des Kriegsschauplatzes: in Shangai und Tsing-tau erfolgt.

Diese Daten lehren nicht den allgemeinen Sieg der englischen Auffassung, sondern nur, daß eine verschiedene Behandlung stattfand, je nachdem die Benutzung neutralen Gebietes in der Nähe der Kriegsoperationen oder außerhalb des Kriegsschauplatzes begehrt wurde.

Es ist schon gelegentlich in der deutschen Literatur darauf hingewiesen, daß in dieser praktischen Differenzierung zugleich die theoretisch richtige Behandlung dieser Fragen liege.[59]) Und in der Tat wird dieser Weg zu verfolgen sein.

Neutrales Gebiet darf nicht — wie unbestritten aus dem allgemeinen Neutralitätsgedanken folgt — Operationsbasis für den Feind sein, es soll nicht für Zwecke der Verteidigung oder des Angriffs zur Verfügung stehen. Daher hat keine Kriegspartei einen Anspruch darauf, in neutralen Häfen zu weilen und von hier aus den Kampf zu bestimmen: bald um die Operationen des Feindes von hier aus zu beobachten, bald um sich hier vor den Kanonen des Gegners zu verbergen oder sich neu auf den Kampf zu rüsten. Daher darf, wenn der Feind „vor den Toren" steht, Kriegsschiffen der Kriegsparteien nach Zeit und Benutzung nur soviel Asylrecht gewährt werden, um notdürftig ihre Havarien zu bessern oder Verwundete und Kranke in Sicherheit zu bringen. Ein jedes Plus an Unterstützung würde in solchem Fall neutralen Boden zu einem Zufluchtsort gegen Angriffe des Gegners oder einem Hinterhalt zu Angriffszwecken machen — und daher als „unneutral service" zu verwerfen sein. Insoweit wäre die Rezeption der englisch-amerikanischen Regeln und selbst die Beschränkung der Kohlengewährung durchaus berechtigt.

Aber auch nur insoweit. Es fehlt an jedem Rechtsgrund, dieselben Schranken auch da zu fordern, wo gar kein Kampf sich abspielt oder bevorsteht. Kriegsschiffe, die Tage und Wochen zu fahren haben, ehe sie dem Feind begegnen

[59]) So in dem Artikel von „R." in der Marine-Rundschau, 1506, und vorher schon in den zitierten Ausführungen v. Stengels 427/28.

können, sind wiederholt darauf angewiesen, Schutz und Unterstützung gegen Wetter- und Kohlennot zu suchen. Das ist Seenot, nicht Kriegsnot. Das geht allein daraus zur Evidenz hervor, daß ein jedes Schiff, das die gleiche Reise zurückzulegen hat zu bloßen Handelszwecken, genau auf die gleiche Hilfe angewiesen ist! Wird sie dem Kriegsschiff versagt, wird ihm nur soviel an Kohlen gewährt, um den nächsten eigenen Hafen zu erreichen, so muß es — wenn es nicht einem Lande angehört, das, wie England, überall in der Welt Kohlenstationen besitzt — nach Hause fahren. Es kann dann unter den angegebenen Voraussetzungen nicht zu dem Feind gelangen.

Ist ein solches Verfahren, das einem Kriegsschiff jede weitere Beteiligung an dem Kriege unmöglich macht, neutral zu nennen? Im Gegenteil: es ist typische Kriegsbeteiligung. Der Versagende unterstützt die eine Kriegspartei so greifbar, wie nur möglich, wenn er bewirkt, daß die Schiffe ihres Gegners aus dem Kampf ausgeschaltet werden, er bekämpft die andere Partei, indem er sie zum Zurückweichen nötigt.

Man darf auch nicht sagen, daß die Kohlen- und Asylversagung dadurch neutral werde, daß sie ja für beide Kriegsparteien gleichmäßig gelte. Sind diese wirklich in unmittelbar aufeinanderfolgender Zeit auf dieselben neutralen Gebiete angewiesen, dann handelt es sich um Benutzung in der Nähe des Kriegsschauplatzes: dann kann und soll man Licht und Schatten gleichmäßig verteilen. Aber die Behauptung ist ohne Sinn, wenn die konkreten Bedingungen eben eine gleiche Behandlung ausschließen. Hätte es den gleichen Wert für die zum Kriegsschauplatz fahrende Baltische Flotte und die in den chinesischen Gewässern befindliche japanische Flotte gehabt, wenn beide in den Häfen des Atlantischen Ozeans oder des Mittelländischen Meeres mit den englischen Beschränkungen hätten rechnen müssen? Niemand wird das behaupten können, man sieht vielmehr, daß die gleiche Beschränkung den einen Teil am Kampf verhindert hätte, dem anderen aber höchst gleichgültig gewesen wäre.

Ein anderer Grund wird aus der Natur der Kohle, ihrer Bedeutung für Kriegsschiffe hergeleitet. Die neutralen

Staaten dürfen nicht dulden, daß auf ihrem Gebiete die militärische Stärke der Kriegsschiffe verstärkt oder verbessert werde: daher dürfen sie nicht zulassen, daß hier Munition den Schiffen verabfolgt oder ihre artilleristische Ausrüstung vervollkommt werde. Das Schiff soll nicht den Hafen „als eine Kriegsmaschine verlassen, die stärker geworden ist wie bei ihrem Einlaufen". Ist das nicht der Fall bei der Kohlenaufnahme? „Ein Schiff, das einläuft, die Vorratskammern leer an Kohle, ist ungeeignet zum Kampf: es ist dazu tauglich, wenn es sich mit Brennmaterial bewaffnet hat, um seine Kessel zu heizen."[60]) Zur Widerlegung dieser Worte des Japaners Nagaoka braucht man nur auf die überzeugenden Ausführungen de Lapradelles zu verweisen: „Seit wann kämpft ein Schiff mit seinen Kohlen?" Kohle ist „ein Nahrungsmittel für den Weg und nicht ein Kriegsinstrument". Seit der Erfindung des Dampfschiffes ist die Kohle das geworden, was früher der Wind war, das natürliche Komplement des Meeres. Sie ist „nicht mörderischer als der Wind, sie ist nicht kriegerischer als das Meer".[61])

Es ergibt sich also, daß der englisch-amerikanische Standpunkt in seiner Verallgemeinerung völkerrechtlich nicht zu halten ist. Und für eine etwaige internationale Verständigung über diese Fragen verdient die Tatsache Beachtung, daß gerade die neueste völkerrechtliche Literatur der Engländer gar nicht den Versuch einer solchen Rechtfertigung unternimmt.

Hall-Atlay betont lediglich, daß es „vielleicht nicht unwahrscheinlich sei", daß die englischen Regeln allgemein würden. Und Wheaton-Atlay spricht sich noch deutlicher hierüber aus: „Eine neutrale Regierung ist durch das Völkerrecht nicht genötigt, solche Regeln aufzustellen oder irgendwelche Beschränkungen zu statuieren für die Erlaubnis, Lebensmittel, Kohlen und andere Vorräte (mit Ausnahme von Waffen oder Kriegsmunition) einzukaufen. Es ist keine Regel des Völkerrechts, daß die eingekauften Vorräte auf

---

[60]) So Nagaoka, Etude sur la guerre Russo-Japonaise, Revue Générale, 1905, 626.

[61]) De Lapradelle, La nouvelle thèse du refus de charbon aux belligérants dans les eaux neutres, Revue génér, 1904, 551.

eine bestimmte Quantität eingeschränkt werden müssen. Solange der Neutrale beide Parteien gleichmäßig versorgt, hat niemand ein Recht, sich hierüber zu beklagen".[62])

Schließlich Lawrence, dessen Autorität für die englische Regierung sich gerade im letzten Kriege hervorragend gezeigt hat. Er nennt die Meinung, daß die englischen Regeln Forderungen des Völkerrechts wären, einen „Irrtum". Die bestimmten Regeln Groß-Britanniens seien zwar erheblich vorzuziehen „den vagen Phrasen des französischen Zirkulars". „Aber das Völkerrecht erlaubt den Aufenthalt von Kriegsschiffen in neutralen Häfen und setzt keine Grenze für das Maß von Kohlen, das hier eingekauft werden darf für Zwecke der Schiffahrt: daher haben wir kein Recht, einen Freund und Nachbarn unneutralen Verhaltens zu beschuldigen, weil er unsre Restriktionen nicht nachmacht. Staaten sind durch das Völkerrecht gebunden, nicht durch Britische Regeln, so vortrefflich sie auch sein mögen." [63])

Lawrence hat sich aber nicht auf diese Kritik des geltenden Zustandes beschränkt, sondern zugleich ein Rezept für die Zukunft aufgestellt, das im russisch-japanischen Kriege auch bereits vorübergehend durch die Proklamation des Gouverneurs von Malta vom 13. August 1904 verwirklicht wurde. Hier wurde innerhalb des britischen Hoheitsgebiets ein absolutes Kohlenverbot für alle Kriegsschiffe ausgesprochen, die auf dem Wege zum Kriegsschauplatz oder zur Störung neutralen Handels unterwegs wären: selbst aus eigenen mitgebrachten Dampfern sollte in solchen Fällen eine Kohlenaufnahme untersagt sein.[64])

---

[62]) Hall - J. B. Atlay, a. a. O. 629 und Wheaton - J. Beresford Atlay, a. a. O. 587.

[63]) Lawrence, 120, 124. Dieselben Ausführungen finden sich auch in dem Vortrag: „Problems of Neutrality connected with the Russo-Japanese war", den Lawrence in der „Royal United Service Institution" gehalten hat: vgl. in dem Journal of the R. U. S. J. published under the authority of the Council, 15. August 1904, 921/922.

[64]) Eine Ausnahme wurde nur bewilligt im Falle von Seenot. Die Times bemerkte bei Veröffentlichung der Proklamation: „Ähnliche Anordnungen sind, so glauben wir, auch von anderen englischen Kolonien und Dependenzen erlassen worden." De Lapradelle, a. a. O. 548, Anm.

Das war eine Verordnung ab irato, hervorgerufen durch die russischen Konterbanderepressionen gegen den englischen Handel und daher gewiß nicht geeignet, die Entwicklung des Völkerrechts zu beeinflussen. Eine Bedeutung über den einzelnen Fall hinaus bekommt sie indes dadurch, daß Lawrence ein solches Verbot vor seinem Erlaß allgemein als Ideal hingestellt hat, auf das England in Gemeinschaft mit anderen Nationen hinwirken solle.

England habe nämlich ein besonderes Interesse an dem Erlaß eines solchen Verbotes. Es besitze mehr Kohlenstationen, als irgendeine andere Macht, und es sei ihm daher wesentlich leichter, seine Kriegsschiffe stets durch eigene Kohlenschiffe in Stand zu setzen. Daher könne es bequem auf die Kohlenergänzung in neutralem Gebiet verzichten. Andererseits habe es von dem gegenwärtigen System mehr als die meisten Staaten zu befürchten. Zwei oder drei schnelle und gut geführte Handelszerstörer wären imstande, gerade dem englischen Seehandel den größten Schaden zuzufügen, wenn sie nur von Zeit zu Zeit in neutralen Häfen Kohlen einnehmen können.

England habe aber gar kein Interesse daran, das absolute Kohlenverbot allein durchzuführen. Denn dann würde es als Neutraler nur in seinem Kohlenhandel Schaden leiden, als Kriegführender keinen Nutzen haben, da die anderen neutralen Mächte nicht jenes Verbot befolgen würden. Es könne daher dieses System nur in Gemeinschaft mit anderen mächtigen Seestaaten durchdrücken, etwa mit solchen, die in einem Kriege unter der laxen französischen Handhabung der Neutralität gelitten hätten.[65])

Das ist ein bewundernswürdig offenes und überzeugendes Glaubensbekenntnis, aus dem sich ein jeder ein definitives Urteil über diese Fragen bilden kann. Man sieht: von Recht ist darin nicht die Rede, sondern einzig und allein vom englischen Interesse. Einigen sich die Völker auf die englische Bindung und verbieten sie gar all-

[65]) Lawrence, War and Neutrality, 129 ff. Mit Recht hebt de Lapradelle hervor, a. a. O. 552, daß diese Ausführungen „in brillanter Weise" das Prinzip der Malta-Proklamation entwickelt hätten.

gemein jede Kohlenergänzung in neutralem Gebiet, so handeln sie damit zugunsten Englands, so befreien sie England von einer großen Gefahr für den Fall eines Krieges. Es ist nicht möglich, diese Maßregeln vom Standpunkt des Völkerrechts einschneidender zu bekämpfen, als dies Lawrence durch seine Fürsprache in nur zu gut verstandenem nationalen Interesse getan hat. Denn unweigerlich geht aus dieser das Resultat hervor: Die allgemeine Annahme der englischen Regeln, und vollends ihre Verschärfung wäre die beste Kriegsunterstützung, die sich England wünschen könnte.

VI.

Das Indigenat im Wiener Frieden.

Ein Beitrag zur Optantenfrage.

Vom Oberlandesgerichtsrat Dr. Otto Brandt in Kiel.

Bene iudicat, qui bene discernit.

§ 1. Einleitung. Stand der Frage.

Die Urkunden der neueren Friedensverträge scheinen an Zuverlässigkeit des Wortausdruckes hinter denen aus älterer Zeit zurückzustehen. Man war früher langsamer und bedächtiger; die Instrumenta des Westfälischen Friedens wurden in jahrelangen Verhandlungen vorbereitet. Auch stand die Urkundungskunst damals und noch im achtzehnten Jahrhundert in Blüte. Die Kunst ging zurück. Und wie die neueren Kriege sich rascher und stürmischer abspielen, so pflegen ihnen, wo nicht etwa eine Konferenz ins Mittel tritt, beschleunigte Friedensschlüsse zu folgen. Da kann es vorkommen, daß so wunderliche Versehen mitunterlaufen, wie, der berüchtigteste Fall wohl, in der Optionsklausel des Frankfurter Friedens die Auslassung des Wörtchens ou zwischen (sujets) originaires und domiciliés (vgl. Stoerk, Option und Plebiszit, 161 ff., v. Bar, Internat. Privatr., (2) 246 Note 9).

Auch der Art. 19 des Wiener Friedens enthält zweifelhafte Stellen. Er lautet im französischen Urtext:

„Les sujets domiciliés sur les territoires cédés par le présent traité jouiront pendant l'espace de six ans, à partir du jour de l'échange des ratifications, et moyennant une déclaration préalable à l'autorité compétente, de la faculté pleine et entière d'exporter leurs biens meubles en franchise de droits et de se retirer avec leurs familles dans les États de Sa Majesté Danoise, auquel cas la qualité de sujets danois leur sera maintenue. Ils seront libres de conserver leurs immeubles situés sur les territoires cédés.

La même faculté est accordée réciproquement aux sujets danois et aux individus originaires des territoires cédés et établis dans les États de Sa Majesté le Roi de Danemarc.

Les sujets qui profiteront des présentes dispositions ne pourront être, du fait de leur option, inquiétés de part ni d'autre dans leurs personnes ou dans leurs propriétés situées dans les États respectifs.

Le délai susdit de six ans s'applique aussi aux sujets originaires soit du Royaume de Danemarc, soit des territoires cédés qui, à l'époque de l'échange des ratifications du présent traité, se trouveront hors du territoire du Royaume de Danemarc ou des Duchés. Leur déclaration pourra être reçue par la Mission danoise la plus voisine, ou par l'autorité supérieure d'une province quelconque du Royaume ou des Duchés.

Le droit d'indigénat, tant dans le Royaume de Danemarc que dans les Duchés, est conservé à tous les individus qui le possèdent à l'époque de l'échange des ratifications du present traité".

Es sind zunächst im zweiten Absatz, in der deutschen Fassung:

„Dasselbe Recht" — der Option — „wird den dänischen Untertanen, sowie den in den Königlich dänischen Staaten domizilierten, aus den abgetretenen Gebieten stammenden Personen gewährt"

die Worte „den dänischen Untertanen", die Zweifel am Wortlaut veranlassen könnten. In der Tat ist die Bestimmung auffällig. Der Rechtsbehelf der Option, wie er sich im neuzeitlichen Völkerrecht herausgebildet hat, soll den Zugehörigen eines abgetretenen Staatsgebietes die Freiheit gewähren, entweder dem bisherigen Staatsverband oder der abgetrennten Heimat Treue zu halten (vgl. Stoerk 28, 29, 84 ff. und in v. Holtzendorffs Handb. d. Völkerrechts 2, 117 Note 2d; v. Holtzendorffs Rechtslexikon u. d. W. Option; v. Bulmerinq, Völkerr. § 12 Nr. 15; Peritsch in d. Zeitschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. 11, 205 ff.). Niemals dagegen, sollte man meinen, kann die Option daneben der Stammbevölkerung des abtretenden Staates eingeräumt werden, als Rechtsbehelf hier, ihrem Staat und zugleich der Heimat untreu zu werden. Wie sollte ferner, ganz abgesehen von diesen sittlichen Grundgedanken, der abtretende Staat dazu kommen, auch nur in dieser bedingten Form seine sämtlichen Untertanen preiszugeben; wie auch die erwerbende Macht dazu, das Hereinfluten einer Bevölkerung zu ermöglichen, deren Treue gegen den neuen Staatsverband

mindestens recht unsicher bliebe? Dennoch bestimmen die angeführten Vertragsworte unzweideutig das Recht aller damaligen Dänen, für die abgetretenen Herzogtümer zu optieren.

So auffällig indessen die Anordnung zunächst ist, beruht sie doch gewiß nicht auf einem Versehen. Politische Maßnahmen gestalten sich nach den gerade vorliegenden Verhältnissen. Nun ist ohne weiteres zuzugeben, daß die gleiche Abrede, etwa in den Frankfurter Frieden übernommen, vollkommen widersinnig gewesen wäre; es bedarf nicht einer Ausführung der, bei einer sechsjährigen Optionsfrist zumal, leicht möglichen Folgen. Für die Vertragsmächte des Wiener Friedens indessen kam das Folgende in Betracht: Von dem Gebiete des dänischen Gesamtstaates war es, wenn man von Island und den außereuropäischen Besitzungen absieht, nahezu ein Drittel, das abgetrennt wurde; die Verbindung, die aufgehoben wurde, hatte, in der Hauptsache, viele Jahrhunderte hindurch bestanden. Es waren also besonders enge Beziehungen, die gelöst wurden: trotz der nationalen Verschiedenheit, die übrigens erst in neuerer Zeit schärfer empfunden worden war. Danach ist es wohl begreiflich, wenn Dänemark, im Vertrauen natürlich auf ihre Treue, doch allen Dänen die Freiheit geben wollte, im Einzelfall solchen, etwa zwingenden Beziehungen nachzugeben (vgl. auch Matzen, Die Nordschleswigsche Optantenfrage, 67). Österreich und Preußen andrerseits brauchten eine planmäßige Ausbeutung des Vorbehaltes nach Lage der Verhältnisse kaum zu besorgen. Aus solchen Erwägungen konnte die Bestimmung hervorgehen. Sie war übrigens doch nicht ohne Vorgang. Der Kieler Friede von 1814, dem auch die sechsjährige Optionsfrist entstammt, enthält den ganz entsprechenden Vorbehalt für das Verhältnis zwischen Dänemark und dem abgetretenen Norwegen und zwischen Schweden und dem abgetretenen Pommern (Martens, Suppl. au recueil de principaux traités d'alliance 5; Matzen 67). Eine Übereinkunft der Vertragsmächte vom 24. August 1865 aber (Verordn.-Blatt für Schlesw.-Holst. u. Lauenb. 1865, 309; Matzen 41) macht es gewiß, daß es sich um eine von

beiden Vertragsteilen vollbeabsichtigte Abrede handelt. Denn dort wird unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Vereinbarungen im Art. 19 „die früher bestandene Freizügigkeit aus dem Königreiche Dänemark in die Herzogtümer" für die Dauer der Optionsfrist aufrechterhalten: eine Maßnahme, die nur auf Grund eines auch den Dänen zustehenden Optionsrechtes gedacht sein kann. Begreiflich zwar ist es danach einerseits, daß, wie Cahn (ReichsG. v. 1. Juni 1870, (2) 17 Anm.) bezeugt, die dänischen wie die preußischen Behörden überrascht waren, als Ende der sechziger Jahre ein Jüte für Schleswig-Holstein optierte und Einsicht des Art. 19 die Berechtigung des Schrittes ergab: richtig aber war es, daß man an der Zuverlässigkeit des Vertragswortlautes hier nicht zweifelte.

Verwickelter liegt die Frage, ob der Vertragswille richtigen Ausdruck gefunden habe, für den Schlußabsatz des Art. 19:

„Das Recht des Indigenates, sowohl im Königreich Dänemark als in den Herzogtümern, ist allen Personen gewahrt, welche es zur Zeit der Auswechselung der Ratifikationen des gegenwärtigen Vertrages besitzen."

Der Sinn der Abrede ist hier streitig, der Streit ist noch für die Gegenwart von Bedeutung. Übereinstimmung zwar besteht wohl darüber, einmal, daß der Art. 19 von dem Indigenatrecht des beim Friedensschluß in Dänemark und den Herzogtümern geltenden Rechtes handelt (wie Matzen 9 mit Recht betont, vgl. 49); ferner darüber, daß kraft dieser Vertragsabrede alle bei Auswechselung der Ratifikationen des Wiener Friedens, am 16. November 1864, lebenden und indigenatberechtigten Dänen, soweit sie nicht optierten, neben dem dänischen das Indigenatrecht in Schleswig-Holstein, und daß umgekehrt alle damals lebenden und indigenatberechtigten Schleswig-Holsteiner, soweit sie nicht optierten, neben dem schleswig-holsteinischen das Indigenatrecht in Dänemark noch heute besitzen; endlich darüber, daß auch eine Option dieser Berechtigten an der Zweiheit ihres Indigenatrechts nichts geändert hat. Im übrigen stehen sich eine dänische und eine deutsche Auffassung gegenüber. Die dänische

setzt entweder das Indigenatrecht dem Staatsbürgerrecht, wie es scheint, gleich (Matzen 10, 17, bes. 18, 27, 28, 40, 56) oder glaubt es doch mit dem Staatsbürgerrecht unlöslich verknüpft (Goos und Hansen, Staatsr. des Königr. Dänemark, § 9, in Marquardsens Handb. des öff. Rechts d. Gegenw. IV, 2); sie folgert daraus, daß jene Personen, seßhaft Gebliebene wie Optanten, die Dänen neben ihrem eigenen das Staatsbürgerrecht in Schleswig-Holstein, die Schleswig-Holsteiner neben ihrem eigenen das Staatsbürgerrecht in Dänemark noch heute haben (Matzen 18, 40, 56, 57). Die deutsche Auffassung erkennt das doppelte Indigenatrecht, wie erwähnt, an, legt aber dem Art. 19, für Dänen wie Schleswig-Holsteiner, nicht die Bedeutung bei, daß er ein jenseitiges Staatsbürgerrecht der Indigenatberechtigten aufrechterhalten habe.

Voraussetzung der deutschen Auffassung ist hiernach, daß das Staatsbürgerrecht vom Indigenatrecht gesondert werden kann. Dem Nachweis, daß dies möglich ist, soll der Nachweis vorausgeschickt werden, daß die dänische Auslegung aus sachlichen Gründen nicht richtig sein kann.

§ 2. Sachliche Unmöglichkeit der dänischen Auslegung.

Österreich und Preußen hatten die Herzogtümer erobert, diese sollten jetzt endgültig von Dänemark gelöst werden. Es war also zunächst ihr Gebiet abzutrennen; ebenso aber, sollte man annehmen, mußte die Zugehörigkeit, sowohl der dänischen Bevölkerung zum schleswig-holsteinischen, als der schleswig-holsteinischen Bevölkerung zum dänischen Staatsverband aufgehoben werden. Die Gebietstrennung vollzog sich alsbald mit dem Friedensschluß. Die staatsrechtliche Sonderung der Bevölkerung wurde durch den Vorbehalt der Option in vorläufige Schwebe gesetzt. Mit dem Ablauf der Optionsfrist aber würde, den Schlußabsatz des Art. 19 zunächst einmal weggedacht, auch sie eingetreten, die dänische Staatsangehörigkeit der Schleswig-Holsteiner, soweit sie nicht für Dänemark optiert hatten — und in entsprechender Umkehrung bei den Dänen —, würde jetzt endgültig untergegangen sein.

Die Herbeiführung dieser klaren staatsrechtlichen Sonderung liegt bei Gebietsabtretungen immer im Interesse der erwerbenden Macht; besonders jedoch im Falle der Eroberung. Die Sicherstellung der Eroberung, das Einleben der Bevölkerung in den neuen Staatsverband erfordert die Durchschneidung dieser staatsrechtlichen Beziehungen mit allen daraus entspringenden Ansprüchen und Verpflichtungen. Dieses Interesse des einen Vertragsteiles ist so stark und zugleich sachlich gerechtfertigt, daß jene Folge, zu den Naturalien des Abtretungsvertrags gehörend, von selbst eintritt, wenn sie nicht durch besondere Abrede, wie den Vorbehalt einer Option, gehemmt wird.

Bei freiwilligen Abtretungen (Helgoland) wird auch das Interesse des abtretenden Staates regelmäßig auf diese Sonderung gerichtet sein.

Anders kann freilich der abtretende Staat sich im Falle der Eroberung stellen. Er wird in der Regel hoffen, daß die Eroberung rückgängig gemacht werden könne. Gelänge es ihm nun, im Friedensvertrag sich und seiner Bevölkerung ein gewisses Anrecht auf Leute und Land des abgetretenen Gebietes zu wahren, so würde er, mit einem Fuß gewissermaßen im Lande stehen bleibend, einen Vorteil erlangen, der demnächst politisch verwertet werden könnte. Eben dieser Erfolg aber würde durch den Schlußabsatz des Art. 19 nach dänischer Auslegung hergestellt sein.

Denn nach ihr wäre durch diesen Indigenatsvorbehalt der gesamten, beim Inkrafttreten des Wiener Friedens lebenden und indigenatberechtigten, d. i. der weit überwiegenden Mehrheit, vielleicht neunzig vom Hundert und mehr der gesamten damaligen Bevölkerung von Dänemark und Schleswig-Holstein das doppelte Staatsbürgerrecht, hüben wie drüben, für die Dauer ihres Lebens zuerkannt worden.

Welche Folgen hätte das gehabt? Ich muß bei deren Darlegung Begriffe und Sätze mitverwenden, die später noch begründet werden sollen; irgend erhebliche Abweichungen von der gemeinen Meinung kommen dabei aber, soviel ich sehe, nicht vor.

Unter einem Staatsbürger versteht der allgemeine Sprachgebrauch den mit staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten ausgestatteten Staatsangehörigen. Er ist begrifflich nichts anderes als der Untertan des achtzehnten Jahrhunderts, nur daß mit dem allmählichen Erwerb fester staatsbürgerlicher Berechtigungen die Betonung der Berechtigungsseite — Staatsbürgerrecht — auch in der Benennung üblich wurde (vgl. Art. 3 deutsch. Reichsverf., in treffender Kürze: „Der Angehörige [Untertan, Staatsbürger] eines jeden Bundesstaats"). Ginge man bestimmt und ohne Vorbehalt von diesem Begriff des Staatsbürgers aus, so würde man anerkennen müssen, daß durch den Schlußabsatz des Art. 19, in dem dänischen Sinne verstanden, in Ansehung der gesamten damaligen eingeborenen Bevölkerung von Dänemark und Schleswig-Holstein eine Art von korrealem Herrschaftsverhältnis der vertragschließenden Mächte ganz offensichtlich geschaffen worden wäre, das, ein beispielloses Gebilde, mit seinen sich durchkreuzenden Rechten vor allem, aber auch Pflichten der Korrealherren und Pflichten und Rechten der Korrealuntertanen, für beide Teile doch wohl mehr Abschreckendes als Anziehendes gehabt haben müßte.

Nun soll freilich der Begriff des Staatsbürgers nicht in diesem Sinne genommen werden. Das dänische Staatsrecht, wird behauptet, — und dieses sei bei der Auslegung des Art. 19 überall zugrunde zu legen (Matzen 5, 12, 13) — unterscheide zwischen Staatsbürger und Untertan. Der Staatsbürger, der Staatsangehörige von dem Gesichtspunkt der Berechtigung aus, brauche nicht Untertan zu sein, der Untertan, Staatsangehöriger aus dem Gesichtspunkt der Verpflichtung, sei nicht notwendig auch Staatsbürger; wenngleich regelmäßig beide Eigenschaften vereinigt seien.

So sagen Goos und Hansen, § 8 erster Absatz: „Nach dänischem Rechte müssen die Begriffe „Staatsbürger" und „Untertan" von einander getrennt gehalten werden, weil die aus der Staatsangehörigkeit folgenden Rechte und Pflichten nicht, wie es nach den meisten anderen Gesetzgebungen der Fall ist, einander decken". Die Trennung wird dann auch in den §§ 9, 10 und 11 durchgeführt, im

§ 11 ist von bloßen Untertanen und im letzten Absatz von bloßen Staatsbürgern die Rede. Ebenso trennt Matzen, es ist der Kernpunkt seiner Beweisführung, Staatsbürger und Untertan (28, auch 33, 34, 56, 57; 32 freilich, nicht folgerichtig, „Rechte der Untertanen").

Die Berechtigung des Staatsbürgers, wird weiter ausgeführt, habe ihren grundlegenden Inhalt in dem gesetzlich bestimmten Recht, sich im Lande aufzuhalten (Matzen 10, Goos und Hansen § 8 Schlußabs.). Nur dieses Staatsbürgerrecht, genauer das vollkommene Staatsbürgerrecht, wie es den Eingeborenen zustehe (Goos und Hansen § 9), treffe der Indigenatsvorbehalt des Art. 19 und habe es den Eingeborenen hüben und drüben gewahrt. Klar und fest geschieden dagegen sei durch Option oder Ablauf der Optionsfrist die in den ersten vier Absätzen des Art. 19 allein behandelte Untertanschaft; dänische Untertanen seien die Schleswig-Holsteiner nicht geblieben, schleswig-holsteinische Untertanen die Dänen nicht geworden (Matzen 37, 56, 57, 70). Eine sich kreuzende Korrealherrschaft wäre dann allerdings nicht geschaffen worden.

Allein die Darlegungen enthalten einen Fehler. Wie man aus einem Vater oder Ehemann nicht dadurch zwei Väter oder Ehemänner machen kann, daß man sie einmal aus dem Gesichtspunkt ihrer Berechtigungen und sodann aus dem Gesichtspunkt ihrer Verpflichtungen betrachtet: ebenso unmöglich ist dies bei dem Staatsangehörigen. Der Begriff der Staatsangehörigkeit ist alt, nämlich mit dem Staate selbst gegeben, das Wort ist ein Ergebnis der neueren Entwickelung, die, der Eindeutigkeit von Untertan, dem älteren, und Staatsbürger, dem neueren Wort, sich bewußt bleibend, nach einem Ausdruck suchen mußte, der diese Begriffseinheit gegen Mißverständnis schützte. Als logisch notwendiger liegt der Begriff — und es bedarf deshalb nicht der Entscheidung, ob, wie für den Indigenatsbegriff, hier ebenfalls das dänische Staatsrecht maßgebend sei — auch dem dänischen Recht zugrunde, mag man von ihm Gebrauch machen oder nicht (Matzen 12, 13, 55); auch nach ihm sind Staatsbürger und Untertan in Wahrheit ein und dasselbe, aus jenen zwei Ge-

sichtspunkten heraus nur verschieden benannt. Die im Lande sich aufhaltenden Fremden haben nicht die einer Zugehörigkeit zum Staat entsprechenden Sonderpflichten, sind nicht Staatsangehörige, weder Bürger noch Untertanen (Goos und Hansen § 11: das „interimistische Untertanenverhältnis"). Andererseits ist es nicht gerade notwendig, daß alle Staatsangehörigen die gleichen staatsbürgerlichen Rechte genießen (Goos und Hansen §§ 10, 11). Soweit daher die beiden Benennungen nach dänischem Sprachgebrauch sich nicht decken sollen, sind sie fehlerhaft: Staatsbürgerrecht und Untertanschaft sind nur die Vorder- und Rückseite der Staatsangehörigkeit. Denn die Staatsangehörigkeit, nichts anderes, ist der Entstehungsgrund aller staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten, und sie erzeugt, weil der Staat um seiner Angehörigen willen da ist, aber auch Leben und Kraft von ihnen nehmen muß, notwendig, wie die Ehe und die Verwandtschaft, zugleich Rechte und Pflichten: genauer wohl Pflichten und Rechte (Gerber, Grundz. des deutsch. Staatsrechts (2) Beil. 2, 224: „Subjektion mit Reflexrechten"). Es gibt, wenn man von Privilegierungen absieht, wie sie das heutige Recht nicht kennt (Gerber § 18), keine nur berechtigten Staatsangehörigen, keine bloßen Staatsbürger in dem dänischen Sinn (Gerber 221, 222).

Dies zeigt sich in folgendem. Möglich ist nämlich allerdings, daß der Staatsangehörige von der Erfüllung seiner Pflichten auf Zeit befreit ist; und es ist weiter richtig, daß damit keineswegs auch seine Rechte wegfallen. Diese Befreiung wird überall in weitestem Umfang, bis etwa auf die vorbehaltene Wehrpflicht, und vom dänischen Recht (Goos und Hansen 13 § 11) wird sie in vollem Umfang anerkannt, für den Fall, daß der Staatsangehörige sich dauernd im Ausland oder doch in einem zivilisierten auswärtigen Staate aufhält. Erloschen indessen ist damit die Rechtslage der Verpflichtung für den Staatsangehörigen keineswegs. Denn schon die Frage, inwieweit seine Verpflichtungen etwa aufrechterhalten werden sollen, hängt ja von nichts anderem ab, als von der Gesetzgebung seines Staates. Und wenn dieser Staatsangehörige in die Heimat zurückkehrt und sein Recht auf

bleibenden Aufenthalt im Lande verwirklicht, so ist er damit von Rechts wegen — nicht wird er es in Veränderung seiner Rechtslage — vollberechtigter und vollverpflichteter Staatsangehöriger, also Staatsbürger und Untertan. Es ist dasselbe Verhältnis, wie wenn der zeitweilig leistungsunfähige Vater, — dem darum nicht weniger natürlich die väterliche Gewalt verbleibt, — wieder in die Lage kommt, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen; auch seine Rechtslage ist während der beiden Zeiträume die gleiche geblieben.

Damit ist es widerlegt, daß trotz Vorbehaltes des doppelten Staatsbürgerrechts kraft der Abreden in den vier ersten Absätzen des Art. 19 doch die Untertanschaft der beiderseitigen Bevölkerung seit dem Ablauf der Optionsfrist klar geschieden sei. Es wären vielmehr in Wahrheit die beim Friedensschluß lebenden eingeborenen Schleswig-Holsteiner vermöge ihres dänischen Staatsbürgerrechts in einer — latenten, kann man höchstens zugeben, — dänischen Untertanschaft verblieben, die damaligen eingeborenen Dänen vermöge ihres schleswig-holsteinischen Staatsbürgerrechts in eine ebensolche schleswig-holsteinische Untertanschaft eingetreten. Wieweit diese Untertanschaft in Anspruch genommen werden sollte, hing von dem Staatsrecht jedes der Vertragsteile ab, dessen Fortbildung auch in seinem freien Belieben stand. Daß die Vertragsmächte sich dieser Freiheit hätten begeben wollen, wäre eine Annahme, die sich nicht begründen ließe.

Schon diese Betrachtung der Verpflichtungsseite führt auf die sachliche Unmöglichkeit der dänischen Auffassung an dem Punkt gerade, wo der Streit über die Bedeutung des Indigenatsvorbehalts ausgebrochen ist: in seinem Verhältnis zur Option.

Die Option in ihrer regelmäßigen Gestalt ist bestimmt, die Staatsangehörigkeit im gewählten Staate sei es, worüber man streitet, zu begründen, sei es zu erhalten, die im verschmähten zu vernichten. Es mag kein Gewicht darauf gelegt werden, daß die erste dieser Wirkungen für die eingeborenen Schleswig-Holsteiner und Dänen weggefallen wäre, wenn ihnen das jenseitige Staatsbürgerrecht schon kraft des Indigenatsvorbehalts zustand. Aber dann müßte doch wenigstens die zweite geblieben sein.

Nun hört es sich ja auf den ersten Eindruck ganz glaubhaft an, auch für die Indigenatberechtigten sei ungeachtet des ihnen drüben schon zustehenden Staatsbürgerrechtes die Option notwendig geblieben, als Rechtsbehelf nämlich, sich der diesseitigen Untertanschaft zu entziehen (Matzen 162). Allein kraft des Vorbehalts des diesseitigen Staatsbürgerrechts wäre diese Entziehung eben nicht eingetreten. Wenn in Schleswig-Holstein das seitherige Staatsrecht, das die Untertanenpflichten in diesem Falle nicht geltend machte, vorläufig fortbestand, so konnte es, gleichgültig auf welchem Wege, jederzeit geändert werden. Diese Änderung vollzog sich mit dem Eintritt der preußischen Staatsgewalt. Preußen, der Norddeutsche Bund und das Reich hielten und halten auch für die dauernd im Ausland weilenden Staats- und Reichsangehörigen die Wehrpflicht aufrecht (Art. 34 preuß. VerfUrk., Art. 57 RVerf., § 42 der deutschen WehrO. vom 22. Juli 1901 und die entsprechenden Stellen der früheren Ordnungen; Arndt, Staatsr. d. d. R., § 51, 528). Ist der Reichsdeutsche zugleich Angehöriger des auswärtigen Staates, so liegt in Ansehung der Wehrpflicht der Fall eines zwischenstaatlichen Konflikts vor, der insbesondere im Verhältnis zu den Vereinigten Staaten bekanntlieh zu großen Weiterungen geführt hat (vgl. v. Martitz in Hirths Annalen 75, 808 ff.). Diesen Konfliktsfall oder vielmehr eine geschlossene Masse solcher Konfliktsfälle zwischen Preußen und Dänemark, mit Wirkung auf die Dauer von Jahrzehnten, hätte dann der Indigenatsvorbehalt des Art. 19 dem Grunde nach hergestellt.

Die bloß papierenen Folgerungen, wie die, daß Preußen grundsätzlich die gesamte, am 16. November 1864 lebende und indigenatberechtigte, wehrfähige und wehrfähig werdende Jugend aus allen Teilen Dänemarks heraus für seinen Heeresdienst hätte beanspruchen können, sollen auf sich beruhen; kein Staat ist natürlich so unverständig, derartiges zu fordern. Von tatsächlicher Bedeutung aber wäre die Frage der Wehrpflicht in allen den Fällen geworden, wo einer jener eingeborenen Dänen, ohne Option und auch nach dem Ablauf der Optionsfrist, mochte er drüben aus dem Untertanenverband entlassen sein oder nicht, kraft seines diesseitigen

Staatsbürgerrechtes sich in Schleswig-Holstein niedergelassen hätte; also vor allem in den zahlreichen Fällen, wo nordschleswigsche Optanten in die Heimat zurückkehrten und, keineswegs freilich in Anerkennung eines staatsbürgerlichen Niederlassungsrechts, doch tatsächlich geduldet wurden. Es ist eine nicht begreifliche Annahme, die noch im weiteren in Betracht kommen wird, daß nicht gerade nach der dänischen Auffassung sich doch jetzt auch die diesseitige Untertanschaft dieser Staatsbürger wiederhergestellt haben würde; dieser Folgerung könnte gar nicht ausgewichen werden. Wenn man daher von dänischer Seite darüber klagt (Matzen 189, Goos und Hansen § 12, 14), daß Preußen diese Optanten, sobald sie in das wehrpflichtige Alter eintraten, vor die Wahl gestellt hat, daß sie entweder das Land zu verlassen hätten oder, um in Preußen heeresdienstfähig und pflichtig zu werden, ihre Naturalisation beantragten, eine Maßnahme einfachster Gerechtigkeit gegen die seßhaft Gebliebenen: so übersieht man, wie die eigene Auslegung des Indigenatsvorbehalts die härtere Folge ergeben würde, daß diese Personen ohne weiteres schon diesseits wehrpflichtig waren.

Es ist denn auch gerade die dänische Gesetzgebung gewesen, die jene vermeintliche feste Scheidung der Untertanschaft verneint oder doch — nicht bejaht hat. Die §§ 1, 2 eines Wehrgesetzes vom 6. März 1869 (nach Matzen 185, Goos und Hansen § 11) waren — ganz folgerichtig vom dänischen Standpunkt aus und das oben Ausgeführte bestätigend — so gefaßt, daß danach allen beim Friedensschluß lebenden eingeborenen Schleswig-Holsteinern die dänische Wehrpflicht oblag, wenn sie nur in Dänemark festen Wohnsitz genommen hatten. Erst auf den Einspruch Preußens hat Dänemark durch ein Gesetz vom 4. April 1873 die weitere Voraussetzung aufgenommen, daß die Entlassung aus dem preußischen Untertanenverband erfolgt sein müsse (Matzen 60, 185, 186, Goos und Hansen § 12, 14).

Offensichtlich ist es hiernach ein Trugschluß, daß nach der dänischen Auslegung die Option doch wenigstens die Untertanschaft in dem abgelehnten Staat vernichtet habe. Bei den eingeborenen Optanten, d. i. bei nahezu allen Optanten

hätte vielmehr der Indigenatsvorbehalt der Option auch diese zweite Wirkung genommen: sie wären nach der Option genau dasselbe gewesen wie vorher, zugleich dänische und schleswig-holsteinische Staatsangehörige, nicht in dem abgelehnten Staate bloße Staatsbürger.

Noch einfacher aber ergibt sich die sachliche Unhaltbarkeit der dänischen Ansicht aus der Berechtigungsseite der Staatsangehörigkeit und ihrem Verhältnis zur Option. Hier braucht nur festgehalten zu werden, was unmittelbar behauptet wird: dem eingeborenen Optanten sei in dem verlassenen Staate das Staatsbürgerrecht erhalten geblieben, und nur eben dieses, nicht auch die Untertanschaft (Matzen 40, 51). Kraft des Indigenatsvorbehalts wären also, neben allen beim Friedensschlusse lebenden eingeborenen Dänen, die eingeborenen Schleswig-Holsteiner, die demnächst für Dänemark optierten, ungeachtet dieser Option und zeitlich unbegrenzt berechtigt geblieben, in Ausübung ihres diesseitigen Staatsbürgerrechts sich in den abgetretenen Herzogtümern dauernd niederzulassen. Aber wirklich, bloß sich niederzulassen?

Es wird wohl nicht bis zum Endpunkt durchgedacht, die Vorstellung spielt aber immer herein, als ob man den Inhalt des Staatsbürgerrechts grundsätzlich auf diese Niederlassungsberechtigung etwa um deswillen beschränken könnte, weil die übrigen staatsbürgerlichen Berechtigungen je nach dem Rechte der verschiedenen Staaten, die einen hier, die anderen dort fehlen könnten, jenes Grundrecht aber überall im Rest bleibe. Das wäre offenbar ein weiterer Fehler. Denn gewiß ist, daß zu diesem Grundrecht überall noch andere Berechtigungen, mögen sie im einzelnen noch so verschieden bestimmt sein, hinzutreten: daß also in allen Staaten das Staatsbürgerrecht einen volleren Inhalt hat als jenen.

Wie würde sich nun die Berechtigungslage der zurückgekehrten Optanten gestaltet haben? Matzen 40 glaubt sich nicht verpflichtet, dieser Frage nachzugehen; nur die Hauptsache halte er fest, daß nach dem dänischen Recht der Eingeborene als solcher Staatsbürger sei und als Staatsbürger das Recht habe, im Lande zu sein und zu bleiben und zu

jeder Zeit freiwillig dahin zurückzukehren. Richtigerweise durfte die Frage nicht umgangen und sie könnte von dem Standpunkte Matzens aus nur dahin beantwortet werden, daß den zurückgekehrten eingeborenen Optanten alle schleswig-holsteinischen und demnächst preußischen und deutschen staatsbürgerlichen Rechte, namentlich also die politischen Wahlberechtigungen zuwachsen mußten. Und dies sollte geschehen sein, wie schon berührt wurde, ohne hinzutretende Untertanschaft, ohne die ausdrücklich zurückgewiesene Wehrpflicht: dann aber auch ohne die Treupflicht und die sonstigen Pflichten eines Staatsangehörigen! Trotz seiner Lösung vom Untertanenverband, sagt Matzen 51, genießt derjenige, dem das Indigenatrecht im Art. 19 vorbehalten ist, als Eingeborener Rechte. Allerdings spricht er an anderer Stelle (58) von einer diesseitigen Untertanschaft der Zurückgekehrten, aber er macht sie in einem leicht übersehenen Nebensatz von einer Bedingung abhängig, der nämlich, daß sie aus dem dänischen Untertanenverband gelöst worden seien. Diese Lösung zu beantragen, wäre indessen unklug gewesen und wird kaum einmal geschehen sein. Denn Dänemark forderte auch ohne sie nicht die Erfüllung der Wehrpflicht (Matzen 30). Gerade die fortdauernde dänische Untertanschaft aber soll nach Matzen 189 der Rechtsgrund sein zur Ablehnung der preußischen Wehrpflicht. Das sind also zwei nebeneinander liegende Zirkel. Und vollkommen mit Recht ist vielmehr im preußischen Abgeordnetenhaus die dänische Ansicht dahin festgelegt worden, daß die zurückgekehrten Optanten mit allen diesseitigen staatsbürgerlichen Berechtigungen ausgestattet, von allen Untertanenpflichten dagegen befreit seien (Matzen 55; s. auch v. Hedemann, Zeitschr. d. G. f. schlesw. holst. Gesch. 04, 231.).

Daß diese Befreiung von den Pflichten freilich eine offene Folgewidrigkeit ist, wurde nachgewiesen. Das richtige Ergebnis für die Option wäre daher dieses: In Ansehung der eingeborenen und damit ungefähr sämtlicher Optanten überflüssig, um im gewählten Staat die Staatsangehörigkeit zu begründen; der Wirkung,

im abgelehnten Staat die staatsbürgerlichen Berechtigungen aufzuheben, ausdrücklich beraubt; folglich auch ohne die Kraft, die Untertanschaft im abgelehnten Staate zu beseitigen. So würde der Schlußabsatz des Art. 19 den sorgfältigen Aufbau der vier ersten Absätze in Trümmer gelegt haben. Es ist richtig, daß einzelne noch verwendbare Bruchstücke übrig geblieben wären (von Matzen jetzt in einem Aufsatz in den Sønderjydske Aarbøger 05, 110 ff. zusammengestellt; vgl. den Bericht von Hedemanns in der Zeitschr. f. schleswholst. Gesch. 05, 311), aber es wären nur wenige und kümmerliche.

Auf den Wunsch Dänemarks ist der Schlußabsatz dem Art. 19 angefügt worden (Matzen 6, 49). Daß auch bei der deutschen Auslegung des Indigenatsvorbehaltes diesem Wunsch ein Interesse entsprochen hat, wird noch nachgewiesen werden. Mit einer Abrede des obigen Inhaltes freilich würde Dänemark einen größeren und recht wertvollen Vorteil erlangt haben. In der Tat wäre es mit einem Fuß im Lande stehen geblieben. Das dem Recht der Dänen und Optionsdänen entsprechende Gegenrecht der Schleswig-Holsteiner hätte für Dänemark keine Nachteile gehabt, wäre vielmehr ebenfalls für sein Verhältnis zu den Herzogtümern nützlich gewesen.

Es ist bisher nicht nachgewiesen, wohl nicht einmal behauptet worden, daß die jetzt von dänischer Seite vertretene Ansicht bei den Friedensverhandlungen zur Aussprache gekommen sei (vgl. v. Hedemann a. a. O. 05, 308). Vertragliche Bedeutung hat daher diese Rechtsansicht nicht, die Auslegung ist frei.

Nun ist aber, auf den Standpunkt der Vertragsgegner gesehen, kein Grund zu erkennen, weshalb sie eine Bestimmung so nachteiligen Inhalts hätten gutheißen sollen. Die Rücksicht, die sie, die Sieger, bei Bemessung der Optionsfrist, auch Zugeständnissen, wie das erwähnte einer vorläufig fortdauernden Freizügigkeit, geübt haben, gestattet noch keinen Schluß auf eine Nachgiebigkeit, die ihr Interesse an Sicherstellung der Eroberung in bedenklichstem Maße preisgegeben hätte.

Zur Widerlegung der dänischen Auffassung müßte hiernach schon der Nachweis genügen, daß das Indigenatrecht des Art. 19 das Staatsbürgerrecht nicht gerade notwendig in sich begreife. Es soll jedoch darüber hinaus der Beweis versucht werden, daß die behauptete Verkettung der beiden Begriffe ein rechtsgeschichtlicher Irrtum ist.

§ 3. Übersicht über die Geschichte des Indigenatbegriffes.

Es ist nicht ganz leicht, zwischen dem Begriff des Indigenats, wie er im Art. 3 der Reichsverfassung, in sonstigen neueren Verfassungen und in der neueren Staatsrechtslehre uns entgegentritt, und dem Indigenat des älteren Rechts die richtige Verbindung herzustellen. Vorarbeiten mit diesem Ziele fehlen, soviel ich sehe (vgl. auch die allgemeine Bemerkung v. Bars a. a. O. 164 Note 1). Das folgende will nur der Versuch einer Wegfindung sein.

Vom Wortsinn möge ausgegangen werden.

Indigena, non indu für in und geno für gigno (Forcellini-De Vit, tot. latinitatis lexicon), findet sich bei Livius, Vergil, Tazitus u. A.; verwendet wird es dort zur Bezeichnung der Bodenwüchsigkeit von Völkern. Autochthonie konnten die Römer, die ihrer Herkunft aus der Vermischung von advenae mit indigenae eingedenk blieben, für sich nicht in Anspruch nehmen. Der selbstgeschaffene Begriff der Zivität ist deshalb der Boden, auf dem sie ihr Recht und ihren Stolz festlegten: Civis Romanus sum! Nicht einfach Romanus.

Der Stolz auf die Reinheit des Blutes ist ein Grundzug germanischen Volksbewußtseins. In den alten Liedern vom Tuisto, dem Sohne Mann und den drei Enkeln trat er den Römern entgegen: Tuisto, der dem Lande entsprossene Gott, ist der Stammvater aller Germanen (Tacitus, Germ. § 2). Tazitus erkennt, freilich mit anderer Begründung, die Bodenwüchsigkeit des Volkes an:

> „Ipsos Germanos indigenas crediderim minimeque aliarum gentium adventibus et hospitiis mixtos.“

In der Zeit, als man den Rechtsbegriff des Indigenats wissenschaftlich zu erörtern begann, dem siebzehnten Jahrhundert, hat der Jurist Strauch diesem Indigenatus Germanorum eine besondere, noch lange sehr angesehene Abhandlung gewidmet (Opusculonum pars prima, No. 1, Francof. 1727, posthum). Sie wird von Runde (DPrivR. § 312 Note a) und noch von Mittermaier (DPrivR. § 107 Anm. 5) so angeführt, als ob sie in die Literatur des Indigenatrechtes gehörte. Das ist nicht der Fall, dieser römische Indigenatbegriff ist ein geschichtlicher, kein rechtlicher, und Strauch hat auch nicht etwa versucht, eine Beziehung zwischen ihm und dem Rechtsbegriff des Indigenates aufzudecken.

Immerhin ergibt dieser römische Wortsinn, daß das in des Wortes auf eine örtliche Beziehung, nicht etwa einen Personenkreis, hinweist; indigena ist der im Lande Geborene (so auch Forcellini: „Est genitus in eo loco ubi degit").

Die germanischen Staatenbildungen gingen von den großen Personenverbänden der Volksstämme aus, die sich wieder in ebensolche, die genossenschaftlichen Verbände der Tausendschaften, Hundertschaften (Vorstufen des Gaues, Schröder, D. Rechtsgesch. (3) § 4, 19), auch wohl noch Dorfschaften (verwandt mit Trupp, turba, Grimms Wörterb., s. auch Kluges Etymol. Wörterb. d. d. Spr.) ursprünglich gliederten. Die Zugehörigkeit zu diesen Personenverbänden, die ihrerseits wieder auf Abstammung aus ihnen beruhte, bestimmte das Recht des einzelnen, sein Stammesrecht trug er mit sich in das Gebiet des fremden Stammes (Schröder, § 18, 120, § 30, 225; v. Bar 27 ff.). Die Beziehung zum Boden, zum Lande, so hoch sie als Beweis der Urwüchsigkeit des Volkes gehalten wurde, hatte für den Rechtsstand des einzelnen noch keine unmittelbare Bedeutung.

Ein ius soli, als das für die Stellung des einzelnen in irgend welchem, weiteren oder engeren Sinn maßgebende Recht konnte erst im späteren Mittelalter entstehen. Es war erst möglich, nachdem die neuen Staatenbildungen des Mittelalters sozusagen landfest geworden waren und nunmehr das Landgebiet an Stelle des Personenverbandes als ihre

wichtigste Daseinsgrundlage schätzten. Innerhalb Deutschlands läßt sich diese Entwickelung nach den Anfangs- und Endpunkten bezeichnen als die vom Stammesfürstentum zum Territorium, vom Herzog, dem Volks- und Heeresführer, zum Landesherrn, dem dominus terrae. Nebenher dieser Fortbildung in ihrem späteren und weiteren Verlauf, sie mitbestimmend, ging das Hinschwinden des Universalreichsgedankens, der Erbschaft der Römer, die Verselbständigung aller außerdeutschen Staaten, soweit der Kaiser noch eine Oberherrschaft in Anspruch genommen hatte: aber auch innerhalb des Reiches die Erstarkung eben der Territorien in ihrem Verhältnis zum Kaiser, dessen Ansehen sich allmählich, bei Fortbestehen der alten Zeremonialvorrechte, in der Hauptsache auf das Maß beschränkte, das die eigene Territorialmacht gab.

Abschließung und Verengung des staatlichen Lebens waren die notwendigen Folgen dieses Entwickelungsganges. Aus dem Widerstreit der politischen Interessen und Kräfte, die sich innerhalb der Territorien gegenüber standen, gingen in dieser Zeit in Deutschland die ersten Bildungen eines Indigenatrechtes hervor. Neben dem Territorialherrn, dessen Landeshoheit ursprünglich keine geschlossene, sondern nur die Summe bestimmter Amtsbefugnisse war (Schröder § 50), nahmen an der Verwaltung der Landesangelegenheiten die Stände teil (Schröder § 50, 605 ff.). Gewissermaßen zwischen beide traten als tatsächlich einflußreiche Stellen die Landesämter, mit der Zeit an Zahl und Bedeutung zunehmend (Schröder § 50, 599 ff.). Im Interesse des Landesherrn, der danach trachtete, gegen das Reich und gegen seine Stände seine Macht zu erweitern, lag es, diese Ämter dem Einflusse der Stände zu entziehen, also sie vor allem nicht aus ihnen zu besetzen. Dem traten, gestützt auf das Herkommen, die Stände entgegen. Das Ergebnis dieses Streites waren fast überall Vergleiche zwischen Fürst und Ständen dahin, daß das Recht auf die Landesämter den Landeseingeborenen vorbehalten wurde. Dieses Recht auf die Landesämter ist die ursprüngliche Form des Indigenatrechtes. Zu dem höheren Interesse des Streites um die Macht gesellte

sich in der späteren, dürftiger werdenden Zeit die Erwägung, daß die Vorteile, die Einkünfte der Landesbedienungen den Einheimischen zufließen müßten, und es konnte dann jener ersten Form des Rechtes das Nebenrecht auf den Eintritt in Klöster und den Genuß von Stiftungen sich anschließen. Das Ganze wurde dauernd wertgehalten und auch der zunehmenden Macht der Landesherrn gegenüber behauptet.

Dem Territorialindigenat nebenher ging übrigens ein Reichsindigenat. Die obersten Reichs- und Hofämter, sowie späterhin die Kommandeurstellen bei der Reichsarmee sollten nur mit Deutschen besetzt, die Präbenden deutscher Stifter und Ritterorden nur an Deutsche vergeben werden. Das Verhältnis konnte keinen großen Einfluß gewinnen, weil sich im Laufe der Zeit alles staatliche Leben immer mehr in die Territorien zurückzog (vgl. über dieses Reichsindigenat Danz, Handb. d. DPrivR. § 313 und die Dissertation des gleich zu erwähnenden Hofmann: De iuribus indigenarum Germaniae, Jenae 1747).

Ursprung und Inhalt dieses Indigenatrechtes und seine Behandlung in der Folgezeit wird die nachfolgende Zusammenstellung genügend darlegen. Ich entnehme sie zwei Schriften des achtzehnten Jahrhunderts, einer Commentatio de indigenis eorumque praerogativis von Joh. Andr. Hofmann, Marb. 1758, und einer Abhandlung von Joh. Christ. Conrad Schröter: „Inwiefern die Eingeborenen begünstiget werden" (Verm. jur. Abh., Halle 1785, 1, 235 ff.), sowie Lünigs Collectio nova, die mittelbare oder landsässige Ritterschaft betr., Frankf. u. Leipzig 1730. Es sind wohl hinreichende Zeugnisse aus der Indigenatrechtsetzung bis in die Mitte des achtzehnten Jahrhunderts, die Zeit, in der sie in Deutschland ihren Abschluß fand; daß die Beläge aus der mittelalterlichen Zeit spärlich sind, erklärt sich von selbst (s. übrigens Angaben über weitere, hierher gehörige mittelalterliche Quellen bei Stobbe, Gesch. d. deutsch. Rechtsquellen 2, § 42 Note 9 ff.).

1. Böhmen: 1135 Beschluß des Landtags zu Prag, daß kein Teutscher noch anderer Ausländer in der Stadt Prag noch im ganzen Fürstentum weder im geistlichen noch weltlichen Regiment

einiges Amt haben solle, bei Verlust der Nasen. — 1347 verspricht Karl IV., daß in Böhmen nur einem Böhmen, in Mähren nur einem Mähren aliquod officium übertragen werden soll. — 1435 ähnlich Sigismund. — 1619 Ferdinand II.: „Item wir haben zugesagt, keine Ausländische, geistlichen noch weltlichen Standes, zu des Landes Hofstadt oder geistlichen Ämtern zu gebrauchen, es wären auch mit ihnen nicht die Schlösser und Städte der Krone Böhmen zu besetzen oder ihnen zu vertrauen, sondern nur allein geborenen Böheimen." — Hofmann § 13.

2. Baiern 1329, Ludwig der Baier: „Besonders gehaelfen wir, daß wir das Land mit kainem Gast besetzen sollen in kaine Weise". — 1347 von Ludwigs Söhnen erneuert. — 1355, Herzog Stephan: „Das wir, und unser Erben, die Geste, die zu unserm Land nicht gehörent, faren lassen söllen, und söllen fürbaß, uns selber, und unsere Kinde, unsern Hof, und alle unser Ampt besetzen, mit den unsern, die zu dem Land gehörent, und mit kainem Gaste." — 1363 erneuert: „Wir söllen auch ainen Rath haben, und nemen von dem Obern Land, die darin gesesssen sind und die darzu gehörent. Und den söllen wir nemen, nach Rath Land und Leut, Stet und Märckt, ze Ober Bairn. Wir söllen auch alle Ampt und alle Vest und Pfleg, ze Ober Bairn besetzen mit Landherrn und mit Landleuten, die zu dem Ober-Land gehörent und die darin gesessen sind, und mit niemand anders". — 1463, die Herzöge Johann und Sigismund: „Wir gehaissen auch, daß wir sie mit Vitzdomb, Räthen und Amptleuten besetzen wöllen, die Landleute in Nidern Bayern sein". — 1516 noch ausführlichere Bestimmungen in der Neuen Erklärung der Landes-Freyheit derer Stände der Herzöge Wilhelm und Ludwig in Bayern. — Hofmann § 17; Schröter 247, 248; Lünig T. 1, 581, 585, 656, 673.

3. Württemberg, 1514, Abschied zwischen Hertzog Ulrichen zu Würtemberg an einem, dann dessen Prälaten und Landschaft am anderen Teile: „Sonsten, wie sich in Ansehung ihrer Räthe seine Vor-Elter gehalten, und darzu die uß dem Land gebohrn, so sein Fürstl. Gnad taugenlich und geschickt. vor andern zu gebrauchen, und der allerhalb gegen seinen Unterthanen gnädig Einsehen haben, und Ordnung zu machen erbotten, . . . auch das Hoff-Gericht mit Räthen der Landschaft besetzet werden soll"; „Und damit in die Klöster deß Fürstenthumbs, die Kinder darin gebohren, vor andern Frembden eingenommen werden, soll Hertzog Ulrich bei der Klöster Prälaten gnädig Förderung thun". — 1537, Herzog Christoph im Tübingischen Vertrag: „Wir wöllen auch die Pfründen und geistlichen Beneficien diß unsers Fürstenthumbs fürthin erbaren und geschickten Personen aus dem Land gebohrn . . . verleihen, damit die, so ihr Leib und Gut tägliches zu uns . . . setzen müssen, vor andern bedacht werden" 1565, Herzog Christoph: „Also wollen mir auch, daß die Klöster-

Schulen für und für sollen von unsern Landkindern besetzt, erhalten, von einem Gradu zu dem andern in studiis gefördert, letzlichen gen Tüwingen in das Stipendium .... verordnet werden". — 1555/1610, Würtemb. Landrecht, Titel VI: „daß in Bestellung der Stadt- und Amtschreibern fürnamenlich nach den Landkindern getrachtet werden solle". — Schröter 246, 247, 251, 253; Hofmann, § 31; Lünig, T. 2, 714, 715, 746.

4. Pfalz-Neuburg: 1554/1607, Landes-Freyheiten des Fürstenthums Neuburg, wie solche derselben Ritterschaft und Ständen anno 1554 gegeben, und hernach ao 1562 auch ao 1607 erläutert, erkläret, vermehret und verbessert worden, Art. 1: „Wir sollen für an unsere Ambt, nemlich Vizdomb-, Hoffmeister-, Marschalck-, Cammermeister-, Küchenmeister-, Jägermeister-Ambt, auch die Pfleg unserer Ort und namhaffter Städt und Schloß mit tapffern, Edlen und geschickten Landleuthen, so Beyrn, oder die mit Schlossen oder Sizen im Land zu Beyrn beerbt seind, und nicht mit Ausländern fürsehen und besetzen und zuvor in unserm Rath, allweg mehr geschickt Landleuth vom Adel, so Beyrn seind, dann gelehrt, haben und setzen. Art. 2: „Darzu sollen zu unserm Rentmeister-Ambt, Edle, oder andere erbare, redliche Persohnen, so Landleuth und darzu geschickt seynd, und nicht Frembde oder Ausländer fürgenommen und gebraucht werden" — Hofmann. § 27; Schröter 245, 246; Lünig T. 1, 1127.

5. Mecklenburg 1572, Assekuration zu Sternberg: „Zum vierten überweisen wir unserer Landschaft die drey Jungfrauenklöster: Dobertin, Ribnitz und Malchow, dergestalt, da sie zu christlicher Auferziehung innländischer Jungfrauen gebraucht werden". — Schröter 252.

6. Oberpfalz: 1579, Resolution Ludwigs VI.: „Nachdem ... unser geliebter Herr und Vatter seeliger sich in der Resolution erbotten, zu Sr. V. L. Ampten Pfleg und Regimenten Dero Landleut vom Adel, so viel deren jederzeit darzu qualificirt befunden, für Fremden und Auslendischen zu gebrauchen, ... so lassen wir es auch allerseits darbey verbleiben, und seynd demselben also nachzusetzen erbietig". — Hofmann § 17; Schröter 248; Lünig, T. 1, 731.

7. Schleswig-Holstein: 1590, Acta, so bey der Huldigung zu Flenßburg zwischen den Königlichen Dänischen Commissarien, dann Hertzog Philippen zu Schleßwig- und Hollstein-Gottorff und deren Land-Ständen derer beyden Fürstenthümer Schleßwig und Hollstein gegen einander ausgefertiget worden: 3. „Bittet eine Ehrbahre Landschafft, daß unsere gnädigste und gnädige Herren keine fremde ausländisehe Amptleute und Voigte hinführo auff ihren Häusern, Klöstern und Aemptern haben wollen, sondern die von guten rittermäßigen Herkommen, in diese Lande erzogen und geboren seyn; Imgleichen daß Ihr. Königl. Majestät und Fürstliche Gnaden keine frembde Räthe in- und außerhalb der Gerichte annehmen, sondern in diesen Landen von

Adel gebohren, alles und jedes Inhalt der Privilegien". — Resolution der Herren Königl. Dännemarckischen Commissarien: „Der dritte Punct, . . . ist billig, daß es damit vermöge Christian des ersten, Königs und folgenderHerren Privilegien, auch König Christian des 3ten Resolution dieses Punctes halber so zu Schleßwig Anno 45 der Land-Stenden gegeben, gelassen und gehalten werden." — Erklärung des Herzögs Philipp: „Zum Dritten, . . . damit seynd Ihr. Fürstl. Gnaden auch einig, jedoch mit der Resolution, wie König Christian des ersten Privilegium, und König Christian des 3ten gegebene Resolution so Anno 45 den Ständen zu Schleßwig gegeben, ausweiset". — Die Landstände richten darauf eine Bitte und Erklärung an die Königlichen Kommissarien und an den Herzog Philipp: „Beim dritten Punkt, . . . bittet eine Ehrbare Landschafft die gegebene Erklährung soweit zu erstrecken, daß die Gerichte mit keinen mehr frembden Räthen, als mit dem teutschen Cantzler und nothdürfftigen Schreibern möge bestellet, und also der Punct auch nach Verordnung der Privilegien gelassen werden". — Darauf der Königl. Commissarien endliche Erklärung: „Den dritten Punct lässet man, ohne weitere Disputation, bey den Privilegien bleiben, wie man sich zuvor erklähret". — Und Herzog Philipps endliche Resolution: „Bey den 3. Punct lassen es Ihr. F. Gnaden bey der Königl. Commissarien Resolution und den Privilegien beruhen, und haltens Ihr. F. Gnaden davor, daß in Bestellung des Adel. Land-Gerichts, der Land-Cantzeler zu gebrauchen, weil derselbe doch insonderheit zu dem Land-Gericht bestellet und angenommen." — Schröter 243; Lünig, T. 2, 954, 973, 976, 980, 984, 985.

8. Sachsen 1593, Ordin. elect. Saxon. provinc. von Schulen: „Und sollen die Knaben alle unsere Unterthanen und keine Ausländische seyn". Weiter: „Und kein ausländischer Knabe, der in unsern Landen nicht erzogen noch geboren ist, soll darin genommen werden". — 1612, Resol. grav., c. 15: „An sich selbst billig ist, daß in Bestellung verledigter Ämter oder Dienste die Landeskinder vor fremden Auslaendern, deren Ankunft und Verhältnisz oft nicht recht erkundigt ist, befoerdert werden, so wollen wir gleichfalls gnädigste Verfügung tuhn, daß die Landes-Kinder, wofern sie auch tüchtig befunden würden, vor Auswaertigen jederzeit zu den verledigten Aemtern und Diensten gebrauchet und solchergestalt den Aeltern ihre Kinder etwas Redliches lernen zu lassen Anlaß gegeben würde". — Hofmann § 19.

9. Braunschweig-Lüneburg: 1601, Gandersheimischer Land-Tags-Abschied, § 38: „Wenn die Landes-Kinder in Ehren und Tugenden auf Universitäten, bey Hofe, in rühmlichen Kriegszügen, Haushaltungen, und anderen ehrlichen Händeln wohl geübet, und also qualificiret sind, daß sie mit Ruhm und Nutzen zu gebrauchen sind, daß alsdann der gnädige Landes-Fürst so wohl bey Hoffe als auf dem Lande in Regierungs- und Kriegs-, Hoff- und Haushaltungs-, geistlichen und weltlichen, geheimen und gemeinen Sachen . . . vor Fremden und Ausländischen, so viel sich immer schicken will, zu hohen und niedrigen

Aemtern und Diensten zu befördern geneigt." — 1709, Jura, Privilegia und Freyheiten der gesamten Braunschweig-Wolffenbüttelischen Landschafft, Anno 1709 de novo confirmieret: „8. Landes-Kinder sollen, wegen ihrer natürlichen ihnen eingepflantzten Liebe zum Vaterlande, für Frembde und Ausländische, so viel sichs, der Capacität und Geschicklichkeit halber, schicken will, zu hohen und niedern, Civil- und Militair-Functionen auffgenommen werden. Recesz de anno 1601 § 38, 1614 § 28, 1619 § 36. Rec. grav. de Anno 1682 § 4." — Schröter 244, 245; Hofmann, § 28; Lünig, T. 2, 151.

10. Brandenburg-Preußen.

a. Brandenburg: 1602, Chur-Fürst Joachim Friedrichs Erläuter- und Bestätigung derer von seinen Vorfahren ihren Land-Ständen ertheilter Reverse über ihre Privilegien und Freyheiten: „Zum dritten, wollen Wir auch die Stiffts-Capitula in ihren Würden, und Wesen, bey ihren alten Freyheiten, und Gerechtigkeiten verbleiben lassen, und sollen derselben Praelaturen allewege unsern Unterthanen sonderlich denen von Adel, vor andern conferiret und verliehen werden." — „Zum fünfften, dieweil auch Uns und Unser Land-Ständen, an Unser Universität zu Franckfurt, hoch und viel gelegen, als wollen Wir, ... damit in der Communitet eine grössere Anzahl, als itzo, unterhalten werden möchten, und auf das Unsere Unterthanen sich solches Beneficii vor andern zu erfreuen; Soll forthin allezeit gegen einen Auslender, aufs wenigste zweene Einheimische, eingenommen, und befördert werden." — Erneuert 1611. — 1614 Landtagen-Abschied Churfürsten Johann Sigismunds: „Denen im Lande Eingezogenen soll in Besetzung der Rath-Stellen, Hauptmannschafften ... im hiesigen Churfürstenthumb und Landen allzeit für Fremden und Auswärtigen der Vorzug gegönnet werden." — Revers Johann Sigismunds von 1615: „Das keiner, so aus denen Landen erboren, in welchen hiesige Landesleutte, der Merckischen Nation und hohen digniteten und Embtern ausgeschlossen werden, derselben hinwiderumb in der Chur- und Mark-Brandenburgk und incorporirten Landen, von nun an fehig werden sollen." — 1652, Churfürstliche Resolution auf derer Chur-Märckischen Stände übergebene Beschwerungs-Puncte: „Wollen Sr. Churfürstl. Durchl. ... diejenige Einheimische, zu den Praelaturen, geistlichen Beneficien, Digniteten, Rathsstellen und vornehmen Land officien vor anderen frembden und auswärtigen, gnädigst gern befördern, welche in der gnädigsten Herrschaft und gemeinen Landsachen ... gebraucht werden können. — Schröter 239, 240. Hofmann §§ 24, 25; Lünig T. 1, 877, 879.

b) Jülich, Cleve, Berg, Mark: 1609, der Administratoren in denen Jülich- Clev- und Bergischen Landen Revers, welchen sie denen Land-Ständen des Fürstenthums Cleve und Graffschafft Marck, ihrer Privilegien und Freyheiten halber, ertheilet; „Item, daß die Hoffhaltungh Cantzlei Besetzungh und andere Ampts-Bedienungen durch Landsessige,

qualificirte, und nicht frembde, eins jeden Standts Gebühr und Ampts, altem Herkommen nach, zu besetzen." — 1609, derselben Administratoren Revers an die Land-Stände des Herzogtums Jülich: Gleichen Inhaltes. — 1660, Land-Tags-Abschied, so von Chur-Fürst Friedrich Wilhelmen zu Brandenburg dero getreuen Land-Ständen von Ritterschafft und Städten des Hertzogthums Cleve und Graffschafft Marck auf einem ausgeschriebenen Land-Tage ertheilet worden: „Diesemnach hat es zwar eine Zeithero über den rechten Verstand und wahre Deutung des Privilegii und Juris indigenatus vornehmlich viel controvertirens und verschiedene ungleiche Irrungen abgegeben, indem Wir es unsers Orths dafür gehalten, alldieweil die alte Uniones, Verträge und Fürstliche Ehe-Pacta, die An. 1496, 1526, 1527 nur von Untersassen, so im Lande beerbet und begütert, von geschickten, qualificirten, Landsäßigen, bescheidenen Personen, ingleichen die Reversalen de Anno 1609 nur von Landsäßigen qualificirten disponiren, daß dahero nicht nur Eingebohrne, sondern auch Ausländische, so nach Andeutung der von Ständen in Anno 1609 und 1640, 1642 vorgeschlagenen Qualification ihr Domicilium im Lande Jahr und Tag stabiliret, und im Ritter-Stande mit genugsamen Adelichen Quartieren und einem Ritter-Sitze, im Bürger-Stande aber mit Gewinnung des Bürger-Rechts in der Städte einer sich qualificirt gemachet, ebenmeßig pro indigenis zu halten, und so wohl, als die Eingebohrnen ad officia et beneficia des Landes zuzulassen seyn würden. — Nachdem aber mehrerwehnte Unsere Stände dahingegen sich nunmehr auf die Preußische, Pfaltz-Neuburgische, und Pfaltz-Zweibrückische Ehe-Pacta de Annis 1572, 1574 und 1577, welche ausdrücklich von Untersassen, so in jedem Lande gebohren, geerbet, und begütert, reden, bezogen, und daß diese jetztberührte nicht Unserer Meinung nach disiunctive oder alternative, sondern coniunctive und copulative zu verstehen wären, sustiniret, auch solches alles mit andern Documenten mehr, und in specie mit Hertzogen Wilhelms Testament de Anno 1654 und Hertzogin Marien Eleonoren Erklärung de Anno 1591 bestärcken wollen. — Und diesem allem nach das obberührte Priviligium indigenatus dergestalt zu confirmiren, zu declariren, zu extendiren, und zu erleutern gehorsambsten Fleißes gebeten. So haben Wir auch diesem ihrem unterthänigsten Suchen nicht länger entgegen seyn mögen.... Thun auch dasselbe confirmiren, declariren, extendiren und erleutern demnach das angezogene privilegium indigenatus aus Landes-Fürstlicher Macht und Gewalt auch richtiger Wissenschafft und eigener Bewegnüß dergestalt und also: — Vors erste, wollen Wir und Unsere Nachkommen, von nun an und hinfüro, so wohl unsern Geheimen- und Justitz-Rath, als auch die Rechen-Kammer, und zu gemelten Collegien gehörige Officia, so Gebott und Verbott haben, als ..., ingleichen die vier Erb-Aemptere des Fürstenthums Cleve, als ..., wie auch nicht weniger die andere Land-Aempter und Bedienungen, als ..., allein mit eingebohrnen und zugleich beerbten Landsassen eines jeden Landes, und

mit keinem Fremden, so wohl im Ritter- als Bürger-Stande providiren, und besetzen, und soll das Jus indigenatus, damit dasselbige inskünfftige befestiget werde, aus diesen beyden requisitis, subjectionis scilicet, et domicilii parentum definiret und geurtheilet werden. — Schröter 238, 239; Lünig T. 1, 1006, 1189, 1068.

c. Neumark: 1611, Johann Sigismund: „Sind auch sonst ingemein geneigt, derer von Adel Söhnen, welche studiert oder sich sonst versuchet haben, vor anderen Fremden und Ausländischen zu Aemtern, darzu sie qualificieret, zu befoerdern und zu gebrauchen.“ — Hofmann § 24.

d. Halberstadt: 1653, Friedrich Wilhelm: „Wollen auf getahne untertaehnigste Erinnerung der Landstände Sr. kurfürstl. Durchl. auch hiernächst bei vorfallender Befoerderung die Eingeborenen und Eingesessenen den Auswärtigen dero Qualitaeteu noch vorgehen lassen.“ — Hofmann § 24.

e. Pommern: 1654, Land-Tages-Recess, welcher zwischen Churfürst Friedrich Wilhelm zu Brandenburg, als Hertzogen in Pommern, und dessen Hinter-Pommerischen Prälaten, Ritterschafft und Städten . . . zu Stargard auffgerichtet: „So haben mir uns deshalben allbereit in der Regierungs-Verfassung auf billige Wege erkläret, versprechen auch nochmahln gnädigst hiemit, zu den vornehmen Aemtern in Hinter-Pommern eingebohrne Landes-Kinder zu befördern, jedoch auch andere, so um unser Chur-Fürstl. Haus sich wohl verdient gemacht (ausser von denen Officiis, davon die Pommerischen Privilegia, Hoff-Gerichts-Ordnung, Constitutiones, Regierungs-Verfassung expresse Meldung thun, daß es eingebohrene und angesessene seyn sollen) nicht ausschliessen, wenn erhebliche Ursachen dieselben zu befördern vorhanden seyn sollten, welches doch alles vorhero unsern getreuen Land-Ständen communiciret, und mit ihrem Rath und Vorwissen geschehen, auch da sie etwas erhebliches in vorkommenden Fällen dabey zu erinnern hätten, sie damit gnädigst gehört werden sollen.“ — 1660, Constitutio iuris publici facta zu Alten-Stettin: „Wir wollen ausser unsern Landen und Fürstenthumben keine andere Haubtleute und Voigte ohne grose erhebliche Ursachen, ohne vorhergehenden Raht unserer fürnämsten Land- und Hofrähten sezen, als die in unseren Landen und Fürstenthumben geboren, gesessen und wohnhaftig sind. Da sich dieselben Untertanen an billiger notwendiger Unterhaltung nicht brauchen lassen wollen, und wir, unsere Erben, oder nachkommende Herrschaft, also Fremde annemen müßten, so soll dasselbige jederzeit mit vorhergehenden Raht unserer fürnämsten Land- und Hofrähten beschehen, wie obstehet, und wollen einem jeden nach Gebür des Rechten verhelfen.“ — Schröter 240, 241; Hofmann § 26; Lünig, T. 2, 213, 214.

11. Schwedisch-Pommern: 1663, Carl XI: „Wir, unsere Successoren und die Cron Schweden wollen auch in allen unsern Landen

und Fürstenthumen, keine andere Haupt-Leute, oder Voigte, ohne große erhebliche Ursachen, und vorgehenden Raht unserer fürnehmsten Land- und Hoff-Rähte, setzen, als der Pommerschen Nation Eingebohrne, gesessene und wohnhafft seynd. Jedoch soll uns auch frey stehen, diejenige, so Schwedischer Nation seyn, als denen des Jus indigenatus in Pommern competiret, welche im Lande seßhafftig, auch der Pommerischen Rechte und Gewohnheiten wohl erfahren seyn, aus erheblichen Ursachen, auff vorgehenden Raht der fürnehmsten Land- und Hoff-Rähte, auch zu solchen Aemtern anzunehmen." — 1720, Friedrich I: „Endlich ist auch Unser gnädigster Wille für uns und unsere Successoren, daß die einheimische Landes-Kinder, bei Besetzung der Civil-, Militair- und Geistlichen Bedienungen, denen Fremden und Ausländischen nicht nachgesetzet werden sollen, sondern vielmehr, wenn sie von gleichen Meriten und Geschicklichkeit seynd, der Pommerschen Regiments-Form nach, vor andern sich unserer gnädigsten Beförderung zu erfreuen haben." — Schröter 242; Lünig, T. 2, 296, 303.

12. Schweden: 1751/71, Adolf Friedrich: Wir geloben ferner, daß kein Fremder, sondern eingebohrne Schweden und Unterthanen, welche der reinen evangelischen Lutherischen Religion beigethan sind, im Senate, bei der Hofbedienung oder zu einem anderen Amt oder Dienst, es sei hoch oder niedrig, sollen gebrauchet werden." — Weiter: „Wir verbinden uns auch, keine Fremde und Ausländer . . . ohne Einratung der Reichsrähte oder Einwilligung der Reichsstände ins Reich zu ziehen und zu naturalisiren, sondern es sollen einzig und allein gebohrne Schweden und Unterthanen im Rahte zu allen andern Reichsdiensten, es sey bei Hofe oder anderswo, gebrauchet werden." — Hofmann § 84.

Die Zusammenstellung zeigt mannigfache Verschiedenheiten. Durchweg gleich bestimmt ist zwar der Gegenstand des Rechtes: es ist das Recht auf die Landesämter, mit dem, seit dem sechzehnten Jahrhundert hinzutretenden Anspruch auf die Stiftungen. Die Bestimmungen über den Kreis der Berechtigten dagegen enthalten Ungleichheiten. Es lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

Erste Gruppe: Die Eingeborenheit wird ausdrücklich erwähnt.

Als Berechtigte werden genannt:

1. Die Eingeborenen: Böhmen mit Mähren, Würtemberg, Schleswig-Holstein.

2. Die im Lande geboren und erzogen sind: Schleswig-Holstein.

3. Die Landkinder, Landeskinder; Würtemberg, Sachsen 1612, Braunschweig.

Das Landkind, Landskind, Landeskind ist nicht etwa der Abkömmling des Landesvaters, sondern, das ältere und besser gebildete Wort, wie der Baum, der Kornhalm, die Frucht des Landes: also der Eingeborene (Grimms Wörterb., „Landeskind", „Landesvater", „Landesmutter"). — Später verblaßte der ursprüngliche Sinn; daher der Pleonasmus:

4. Die eingeborenen Landeskinder: Hinterpommern.

5. Die einheimischen Landeskinder: Schwedisches Pommern 1720.

6. Die Landleute: Bayern 1463, Pfalz-Neuburg, Oberpfalz.

Landmann, Landleute bedeutet in älteren Quellen häufig Einheimischer des Landes, indigena, Landeseingeborener; bes. in Bayern (so Grimms Wörterb., „Landmann", 2, unter Bezugnahme auf eine bayerische Urkunde: „daß die Ämter mit Landleuten besetzt werden sollen und mit keinem Gaste").

7. Die Landleute, (oder) die mit Schlössern oder Sitzen im Lande beerbt sind: Pfalz-Neuburg.

8. Die Eingeborenen und (zugleich) Eingesessenen, Angesessenen: Halberstadt, Hinterpommern.

9. Die im Lande geboren, gesessen und wohnhaftig sind: Brandenburgisches Pommern 1660 und Schwediches Pommern 1663.

10. Die eingeborenen Untertanen: Entscheidung des Großen Kurfürsten in dem Cleve-Märkischen Abschied von 1660 (subiectio et domicilium parentum), Sachsen 1593 uud Schweden.

Zweite Gruppe: Die Eingeborenheit wird nicht ausdrücklich erwähnt.

1. Die Unsern, die zu dem Lande gehören: Bayern 1347.

2. Die zu dem Lande gehören und (die) darin gesessen sind: Bayern 1363.

3. Die vom Adel (nämlich des Landes): Neumark.

4. Die inländischen Jungfrauen: Mecklenburg.

5. Die Einheimischen: Brandenburg 1602, 1652.

6. Die Landsässigen: Cleve, Mark, Jülich 1609.
7. Die Eingezogenen: Brandenburg 1614.
8. Die Untertanen: Brandenburg 1602.

Es tritt schon bei einfachem Überlesen hervor, daß diese achtzehn verschiedenen, zum Teil recht unbestimmten Ausdrücke nicht ebensoviele wirkliche Verschiedenheiten bedeuten; auch die beiden Gruppen lassen sich eben nur der Ausdrucksweise nach, nicht überall in der Sache auseinanderhalten. Immerhin bleiben Unterscheidungen. Dennoch weist die im großen übereinstimmende Behandlung des Rechtsgebildes bestimmt darauf hin, daß, wie der Begrenzung des Rechtsinhaltes, auch der Abgrenzung der Berechtigten ein gemeinsamer Gedanke zugrunde gelegen haben muß.

Der Name des Rechtes gibt ihn an. Ich habe ihn nicht früher als in jenem Cleve-Märkischen Abschied von 1660 vorgefunden. Um dieselbe Zeit etwa schrieb Strauch seine erwähnte Abhandlung und es erschien die dem Indigenatrecht selbst gewidmete Sonderschrift von Hahn, die als die erste angeführt zu werden pflegt: De iure indigenatus singulari, Helmst. 1663. Mit Recht aber wurde, jetzt oder früher, der Name indigenatus gewählt. Denn das Eingeborensein im Lande ist in der Tat der Fußpunkt der Berechtigung von Anfang an gewesen und ist es, nur scheinbar durch weitere Voraussetzungen ergänzt, bis auf einige zweifelhafte Fälle und ganz wenige wirkliche Ausnahmen, durch alle mitgeteilten Urkunden geblieben.

Sieht man vorläufig von den Zusätzen ab, die ihr fast überall beigefügt sind, so wird die Eingeborenheit selbst in der überwiegenden Mehrzahl der Urkunden als die Voraussetzung für das Recht auf die Ämter und Stiftungen bestimmt. Den Urkunden der ersten Gruppe können hierin unbedenklich die Nummern 1 und 2 der zweiten angereiht werden; vgl. die Nummer 6 der ersten Gruppe. Auch die Nummer 6 der zweiten Gruppe scheidet als nur scheinbare Abweichung aus, weil die Zweifel, zu denen der Ausdruck „Landsässige“ Anlaß gab, in dem mehrerwähnten Abschied von 1660 ausdrücklich zugunsten der Eingeborenheit gelöst worden sind. Zweifelhaft dagegen bleiben die Nummern 3,

4 und 7 der zweiten Gruppe, sie lassen einen bestimmten Sinn nicht erkennen. Deutlich aufgegeben aber ist allerdings die Voraussetzung der Eingeborenheit in den Nummern 5 und 8 der zweiten Gruppe.

Die Betonung der Eingeborenheit, die hiernach die fast ausnahmslose Regel bildet, steht im Zusammenhang mit dem damaligen Fremdenrecht; sie hat mit diesem ihren Grund in den Bedürfnissen der sich entwickelnden Landeshoheit. Aus dem Fremdenrecht sei erinnert an die Nachteile des ius albinagii und der gabella hereditaria. Ihnen trat diese Ausschließung von den Landesämtern hinzu. Aus verwandtem Gebiet heranzuziehen sind weiter die Beschränkungen der Auswanderung, gabella emigrationis, auch unmittelbare Verbote, die fast überall in den Territorien aufkamen (Danz § 322). Alle diese Rechtsbildungen nun, in ihren näheren Zielen wohl sich unterscheidend, waren doch nebeneinander Wirkungen jenes Strebens nach Abschließung und Verselb ständigung der Territorien. Zu der neu gewonnenen Vorstellung von dem fest umgrenzten Territorialgebiet suchte man insbesondere nach einer festen Abgrenzung der zum Gebiet gehörigen Bevölkerung.

Leichter hatten es hierin die Städte. Von ihrer einen Verwaltungsstelle aus konnten schon früh genaue Bürger- und Beisassenrollen geführt und Ordnungen über Aufnahme und Entlassung getroffen werden (Danz § 447, Schröder § 51 S. 622 ff.). Die Verwaltung der Territorien war nicht in entsprechendem Maße durchgebildet, ihr offenes Land dem Zutritt von Fremden an sich zugänglicher, das Interesse des Landesherrn war im allgemeinen, anders als oft die Eifersucht der städtischen Zünfte, mehr auf Begünstigung dieses Zuzuges gerichtet.

Bei diesen Verhältnissen bot sich als nächstliegende Abgrenzung immerhin die, daß alle diejenigen, welche, mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zulassung der Landesherrschaft, sich ständig im Lande niedergelassen hatten, mit den eingeborenen Einwohnern zusammen als Landesbevölkerung, alle übrigen von auswärts gekommenen als Fremde galten. Dies war denn auch Rechtens in Ansehung der

Untertanschaft und der ihr zugehörigen rechtlichen Beziehungen. Die lex Salica 2, 48 [Grimms Rechtsaltert. (2) 399] bereits sieht den Fall vor: „Si quis vero admigravit et ei aliquis infra duodecim menses nullus testatus fuerit, securus sicut alii vicini consistat"; er wird vicinus, Nachbar, Untertan (so auch v. Bar 166 bei Note 4a).

Dieser Untertanenverband war indessen namentlich in älterer Zeit noch kein klar und fest durchgreifender. Auch hier lag das entsprechende Verhältnis in den Städten anders. Die Aufnahme in die Bürgerschaft setzte auch den Fremden mit dem geschlossenen Gemeinwesen in engste Verbindung. Man unterschied zwar zwischen cives originarii und cives recepti; jene waren die Kinder von Bürgern, als solche nach dem Rechtswort: „Bürgerskinder sind Bürger" geborene Bürger. Allein, von diesem Geburtsrecht abgesehen, hatte die Unterscheidung nur geringe Bedeutung (s. hierüber Danz §§ 446, 447). In Ansehung der städtischen Ämter insbesondere und im allgemeinen auch der Teilnahme an den Nutzungen der Gemeinheit bestand regelmäßig kein Vorzug der originarii vor den recepti; die Grenzlinie lag hier zwischen den Bürgern und den Beisassen. Nur in manchen größeren Städten wurden den Erbgesessenen weitergehende Vorrechte beigelegt (Runde § 445).

Mit aller Schärfe hat hiergegen das Territorialindigenat das, was es sagt, die Eingeborenheit im Lande, auch gemeint. Zur Erklärung wird man bis in die Zeit zurückgehen dürfen, wo die Vorstellung von einer landesherrlichen Untertanschaft, nicht bloßer Amtsuntergebenheit, überhaupt erst in der Bildung begriffen war. Denn diese Vorstellung war natürlich nicht schon mit erstem Hervortreten der Landeshoheit gegeben, sie konnte sich vielmehr, für die große Masse der Bevölkerung, besonders die ländliche, durch mannigfache nähere Pflichtverhältnisse verdeckt, erst recht allmählich entwickeln. Indessen, wenn auch diese Begriffsbildung nebenher ging und schon deutlicher heraustreten mochte, so bedurfte doch das Territorium, wollte es zu starker Eigenständigkeit kommen, einer enger als durch diesen losen Verband mit ihm verknüpften Bevölkerung. Es lag nahe, sie dadurch zu

gewinnen, daß man innerhalb der Bevölkerung dem am festesten mit dem Lande verwachsenen Teil, den Eingeborenen, eine gerade in Ansehung der Landesangelegenheiten bevorzugte Rechtsstellung einräumte. So wird es verständlich, daß in dem Streit des Landesherrn und der Stände um die Ämter gerade diese Linie zur Schlichtung gewählt wurde: sie lag, mußte er einmal nachgeben, vornehmlich wieder im Interesse des Territorialherrn.

Die Sonderstellung, die das Indigenatrecht den Eingeborenen verlieh, war hiernach von Anbeginn gedacht, weniger im Verhältnis zu den Auswärtigen, wie die Unterscheidung der Einheimischen von den Fremden in jenen Vorschriften des eigentlichen Fremdenrechts: vielmehr als die einer bevorrechtigten Klasse der Landesbevölkerung. Indigenat und die sich ausbildende Untertanschaft traten damit zueinander in Beziehung. Dieses Verhältnis beider Begriffe ist für die weiteren Schicksale des Indigenatbegriffs von großer Bedeutung geworden. Hier bedarf es zunächst seiner Feststellung im ursprünglichen Bestand.

Indigenat und Untertanschaft waren zwei von einander verschiedene Rechtslagen. Zwar verstand es sich, wie das Entsprechende bei den Bürgerskindern, von selbst, daß der Eingeborene kraft seiner Geburt im Lande Landesuntertan wurde. Wenn er aber durch die Geburt zugleich das Indigenatrecht erwarb, so war keine der beiden Rechtslagen durch die andere, beide waren lediglich durch die Geburt vermittelt, sie entstanden selbständig nebeneinander. Daraus folgt, daß, soweit eine der beiden Rechtslagen erlöschen konnte und erlosch, dies das Weiterbestehen der anderen nicht berührte. Nun war freilich das Indigenat, als die Eigenschaft einer Person, die durch die unzerstörbare Tatsache ihrer Geburt in diesem, enger oder weiter begrenzten Gebiet begründet war, eine unverlierbare Rechtslage: solange nicht etwa diese Rechtsform gänzlich aufgehoben wurde. Anders die Untertanschaft. Sie erlosch, wenn der Untertan die emigratio vornahm. Dann blieb dem eingeborenen Untertan jedoch das Indigenatrecht erhalten; freilich weil es sich um ein Vorrecht innerhalb der Landesbevölke-

rung handelte, als eine Rechtslage, draußen ohne Wert, von Bedeutung nur bei einem etwaigen Rücktritt in die Untertanschaft des Geburtslandes.

Auch die Personenkreise waren hiernach verschiedene. Einmal schon darin, daß innerhalb des Landes neben den eingeborenen die nicht eingeborenen Untertanen standen. Nach der anderen Seite aber reichte der Kreis der Indigenatberechtigten, die auswärtigen Eingeborenen mit einschließend, über den der Untertanen hinaus. Indigenat und Untertanschaft waren somit, auf die Personen gesehen, von Ursprung her zwei exzentrische Kreise, die sich nur zum Teil deckten: allerdings aber zum größten Teil, denn was hüben und drüben draußen blieb, war jederzeit das Mindere.

Diese Beziehungen ergeben indessen neben ihrer Verschiedenheit zugleich eine nahe Zusammengehörigkeit der beiden Begriffe. Denn nicht nur, daß die überwiegende Zahl der Eingeborenen zugleich daneben Untertanen waren und umgekehrt: das Indigenatrecht war ferner in seiner Ausübung von der Untertanschaft abhängig. Fehlte diese, so bestand zwar das Indigenatrecht, jedoch als unwirksame Rechtslage; damit sie wirksam werde, mußte die Untertanschaft zur Eingeborenheit hinzutreten. Dieser Vorgang war dann aber — eine für das Folgende wichtige Klarstellung — nicht der, daß innerhalb der Begründung des Indigenatrechtes der Eingeborenheit die Untertanschaft als weitere Voraussetzung hinzugetreten wäre, sondern es traf eben nur mit dem fertigen Indigenatrecht die zweite Rechtslage der Untertanschaft in einer Person zusammen.

Diese Folgerungen gelten im übrigen auch für die im Indigenatrecht enthaltene Nebenberechtigung auf die Stiftungen. Ob auch für sie bei dem auswärts weilenden Berechtigten Unwirksamkeit eintrat, kann hier dahingestellt bleiben; für die grundlegende Auffassung des ganzen Rechtsgebildes ist dieses erst später hinzutretende Anschlußrecht nicht von bestimmender Bedeutung.

Nichts anderes nun wie diese Abhängigkeit der Ausübung des Indigenatrechts von der Untertanschaft wollen die vielen Zusätze bezeichnen, die zunächst in den älteren der

mitgeteilten Urkunden der Eingeborenheit beigefügt sind. Es werden mit ihnen namentlich nicht etwa Eigenschaften angegeben, die wieder unter sich als verschiedene gemeint wären, vielmehr zielen alle diese Zusätze, die Eingesessenen, die im Lande angesessen, die im Lande gesessen und wohnhaftig, geerbt und begütert sind und ähnlich, die im Lande erzogen, also verblieben sind, sämtlich auf die Untertanschaft ab: in unbeholfenen Ausdrücken, weil eben der Begriff der Untertanschaft noch nicht zu fester Ausbildung oder doch feststehender Benennung gelangt war. Alle diese Beisätze haben also an dem ursprünglichen Begriff des allein durch die Eingeborenheit begründeten Indigenatrechtes noch nichts geändert.

Eine Wendung indessen trat im siebzehnten Jahrhundert ein. Grund und Richtung läßt der Cleve-Märkische Landtagsabschied von 1660 in seiner ausführlichen und klaren Wiedergabe der Verhandlungen erkennen. Auf dem Boden des Indigenatrechts selbst war es dort jetzt zu einem Streit zwischen Landesherrn und Ständen gekommen. Nach Inhalt der ihm vorliegenden Urkunden ist der Kurfürst ursprünglich der Meinung, daß nicht nur die Eingeborenen, sondern auch Ausländische, die sich im Lande ständig niedergelassen haben, also ohne Unterschied die Einheimischen, die Untertanen, für Indigene zu halten und demnach ad officia et beneficia des Landes zuzulassen seien. Die Stände legen andere Urkunden vor und vertreten das bisherige Recht, daß die Eingeborenheit und die Untertanschaft („geerbet und begütert") conjunctive und copulative zu verstehen seien. Der Kurfürst läßt sich überzeugen und erkennt die Ansicht der Stände in seiner Entscheidung an. Im Ergebnis wird also nichts geändert. Von Bedeutung aber ist einmal die anfängliche Meinung des Kurfürsten und sodann der Schlußsatz des Abschiedes:

> „Und soll das Jus indigenatus . . . aus diesen beyden requisitis, subjectionis scilicet, et domicilii parentum definiret und geurtheilet werden."

Jene Meinung, indigena sei gleichbedeutend mit Einheimischer, Untertan, hatte, und zwar im Stammland desselben Fürsten,

in dem brandenburgischen Revers von 1602 und der Resolution von 1652 (No. 5 und 8 der zweiten Gruppe oben) schon rechtsetzenden Ausdruck gefunden. Der Kurfürst will dieses neue Recht in die neuen westlichen Besitzungen übertragen. Er steht davon ab, aber der Satz, in den seine Entscheidung ausläuft, enthält jetzt bereits ein Hinüberneigen des Indigenatbegriffes nach der Richtung, in der er sich demnächst von seiner bisherigen Grundlage entfernen und lösen sollte. Das Verhältnis zur Untertanschaft wird verschoben: denn die subjectio war bisher, wie nachgewiesen wurde, Requisit, keineswegs das ius indigenatus, sondern lediglich seiner Ausübung. Statt des festen einen, der Eingeborenheit, soll das Indigenat, nach den halb lehrhaft klingenden Worten, jetzt zwei Fußpunkte haben, die Eingeborenheit und die Untertanschaft.

Man könnte Ungenauigkeit, des Gedankens oder des Ausdrucks, vermuten. Es kommt nicht viel darauf an, ob man sie annehmen will. Denn der Schlußsatz, wie ich ihn verstehe, ist nur ein Zeugnis von mehreren für die auf Umbildung drängende Bewegung, in die der Indigenatbegriff in der Tat schon eingetreten war. Das Machtinteresse des Landesherrn hat die Bewegung hervorgerufen. Aufgenommen aber wurde sie demnächst von dem auf Neugestaltung des Untertanenverhältnisses gerichteten freiheitlichen Streben der Neuzeit; sie hat, unter Mitwirkung der neueren Staatsrechtswissenschaft, die jenes Streben vorbereitete und weiterhin förderte, den alten Indigenatbegriff, bis auf wenige Restbestände des alten Rechtes, beseitigt. Es handelt sich um das Hinübergleiten des Begriffs in den der Untertanschaft und des neueren Staatsbürgerrechts. Gang und Ergebnisse dieser Fortbildung sind noch darzulegen.

Aus dem Streit des Landesherrn und der Stände um die Besetzung der Ämter war das Indigenatrecht hervorgegangen. Es diente der Verselbständigung der Territorien und darin auch dem Interesse des Territorialherrn. Aber es war doch zugleich für ihn eine Fessel, das Ergebnis eines Vergleichs, nachdem er zuvor die freie Verfügung über die Ämter schon damals in Anspruch genommen hatte. Die landesherrliche

Gewalt war seitdem dauernd in der Zunahme begriffen. Daraus folgte das Streben der Fürsten, sich von der Beschränkung zu befreien. Ihm kam von der anderen Seite die allmähliche Klärung und Befestigung des Untertanenverhältnisses entgegen; je mehr sich das Territorium auf den nun geschlosseneren Untertanenverband stützen konnte, desto mehr verlor sich auch jenes Interesse des Fürsten an einer Bevorzugung gerade der Eingeborenen.

Aber freilich diese, für sie die Stände, hielten mit Zähigkeit an dem alten Vorrecht fest. Von Interesse sind hier auch die schleswig-holsteinischen Verhandlungen von 1590; sie lassen die Beharrlichkeit der Stände sowohl als die Zurückhaltung der dänischen Kommissarien und Herzog Philipps erkennen, die schließlich in halb ablehnenden Worten auf die früheren Privilegien verweisen, bei denen es zu verbleiben habe. Vorläufig indessen hatte die beharrende Kraft der Stände noch fast vollen Erfolg: auf die Rechtssatzungen gesehen, blieb bis zu ihrem Abschluß im achtzehnten Jahrhundert (Schwedisches Pommern, Schweden) im großen und ganzen das alte Recht erhalten.

Allein doch eben nur im ganzen. Denn, abgesehen auch von jener Durchbrechung in Brandenburg, zeigen die mitgeteilten Urkunden doch auch sonst schon wenigstens Abschwächungen des Rechts. Bemerkbar ist in der formalen Begründung der Übergang vom Vergleich, der vertraglichen Zusage, zum Privilegium; er ist freilich ohne große sachliche Bedeutung. Erheblicher sind die dehnbaren Vorbehalte, die Brandenburg und Schweden den Pommern gegenüber machen.

Weit wichtiger jedoch war eine Veränderung, die, in obigen Urkunden erst in der letzten und jüngsten hervortretend, auf gewohnheitsrechtliche Bildung in ihren Anfängen zurückzuführen ist. Innerhalb der bestehenden Rechtssatzungen konnte die Verfügungsfreiheit des Fürsten beträchtlich erweitert werden, wenn sich ein Weg fand, den Begriff des Eingeborenen, nicht schon aufzugeben, durch den des Untertanen zu ersetzen, aber zu erweitern. Es geschah, in Anlehnung an die receptio in die städtische Bürgerschaft,

durch Schaffung der Naturalisation, d. i. mehr als die bloße Zulassung zur Niederlassung und Untertanschaft, Ersetzung der natürlichen Eigenschaft der Eingeborenheit im Wege der Verleihung. Die Literatur der Zeit erkennt die Naturalisation schon durchaus an und ebenso, wenigstens als Regel, das Recht des Fürsten, ohne Mitwirkung der Stände über sie zu befinden. Dies mochte anfänglich anders sein. Eine bayrische Urkunde, wohl des siebzehnten Jahrhunderts (Grimms Wörterb., „Landmann"), scheint eine Unfreiheit des Fürsten anzudeuten: „Kokheritz Jägermeister soll in Jahresfrist Lantmann" (indigena) „werden, oder das Ambt soll mit einem andern Lantmann besetzt werden".

In dieser Gestalt fand das achtzehnte Jahrhundert das Indigenatrecht vor: ein durch die Zähigkeit der Stände im ganzen noch festgehaltenes, unter dem Druck der erstarkten Fürstengewalt aber doch schon deutlich von seiner ursprünglichen Grundlage weg, nach der Untertanschaft, zu einer Auflösung in ihr hingedrängtes Gebilde. Und jetzt traten von der Untertanenseite her Strebungen auf, die mit dieser Bewegung im Grunde einverstanden waren.

Dem Indigenatrecht war noch eine Aufgabe vorbehalten. Sie lag in folgendem: Auch sonst in der Entwickelung des Rechts ist wahrzunehmen, daß Neubildungen Anlehnung an Bestehendes suchen, um sich die rechtliche Anerkennung zu erringen. Erwünscht für solche Anlehnung ist Festigkeit des Bestehenden, erforderlich aber natürlich zunächst Verwandtschaft mit dem Neuen. Weil beide Voraussetzungen zusammentrafen, ist das Indigenatrecht die Stütze geworden, an die sich lehnend das heutige Staatsbürgerrecht zur Ausbildung gekommen ist.

Schon das ausgehende siebzehnte und weiterhin das achtzehnte Jahrhundert waren auch für Deutschland und die Nebenländer eine Zeit wiederaufstrebenden Freiheitssinns. Mit Erfolg hatte sich die deutsche Wissenschaft dem Staatsrecht zugewendet (Conring, Pufendorf, Thomasius). Den tieferen Grund legte eine Philosophie, die der Lehre vom Staat neue Richtungen gab. Spinozas offenbarendes Wort, der Endzweck des Staates sei im Grunde die Freiheit,

von anderen in ähnlicher Form wiederholt, wies in die Zukunft, die Wirklichkeit entsprach ihm nicht. Auch Kant noch forderte für ein erst zu schaffendes Recht die Selbständigkeit des Bürgers zu der Gleichheit des Untertanen (und der Freiheit des Menschen: Metaphys. Anfangsgründe d. Rechtslehre § 46, in der zutreffenden Formulierung Bluntschlis Gesch. des allg. Staatsrechts 333). Die Territorialangehörigkeit war bis dahin grundsätzlich als bloßes Verpflichtungsverhältnis, nur Untertanschaft, aufgefaßt worden. Zwar war dieses Pflichtverhältnis schon durch manche Gegenrechte der Untertanen durchbrochen: aber diese Gegenrechte hatten, soweit sie es nicht schon ursprünglich waren, inzwischen den Charakter von Privilegien erhalten, sie leiteten sich wieder von der Fürstengewalt ab, bedurften jedes für sich gesonderter Begründung. Während nun die große Literatur mehr mit den rechtsphilosophischen Grundlagen oder, wie ebenso die Menge der Sonderschriften (man vergleiche die Sammelbände der damaligen Dissertationen) vornehmlich mit dem Reich und seinem Verhältnis zu den Territorien sich noch beschäftigten: bereitete sich doch gerade in der Literatur, in vereinzelten Sonderschriften, denen die Lehrbücher dann folgten, schon jetzt deutlich derselbe Hergang auf der Seite der Untertanenrechte vor, der auf seiten der Rechte des Landesherrn schon seinen Abschluß gefunden hatte. Dort war aus jener Summe bestimmter Amtsbefugnisse die geschlossene, fast überall absolute Staatsgewalt des Fürsten inzwischen erwachsen. In gleichgerichteter Bewegung suchte man jetzt auch für die Rechte des Untertanen nach zugleich zusammenschließender, erweiternder und ihre Eigenständigkeit erweisender Begründung. Auf diesem Wege ist in langwieriger, erst im vergangenen Jahrhundert abschließender Arbeit jene Bereicherung des Begriffs der Staatsangehörigkeit geschaffen worden, die in der Ergänzung des Untertanen- durch den Staatsbürgerbegriff zur Vollendung kam.

Die Arbeit war nicht leicht. Denn den Widerstand bildete jetzt nicht etwa nur die Staatsgewalt des Landesherrn, sondern wohl in höherem Maße noch die feste Masse der Vorrechte, die die privilegierten Stände inzwischen er-

worben hatten. Wo war der Stützpunkt für die nach Anerkennung und wissenschaftlicher Begründung ringende Neubildung zu suchen? Gewiß nicht, trotz auch hier bestehender Verwandtschaft, in einem jener ständischen Vorrechte, die vielmehr bekämpft werden mußten. Die sachlich geeignetste Grundlage wäre wohl die gewesen, die heute als solche des Staatsbürgerrechts allgemein anerkannt wird, ein festes Recht zum Aufenthalt im Lande (Laband, Staatsr. des D. R. § 16 No. 2; v. Bar 181). Schon Pufendorf hatte dieses Recht freilich gefordert (De obl. adv. patriam, Heidelb. 1663, § 39, Cicero muß ihm beistehen: „Ne quis invitus civitate mutetur!"). Aber es bestand nicht; nicht es, sondern sein trauriges Widerspiel, das ius emigrandi wird als Bestandteil der libertas Germanica genannt (so Hofmann § 8; vgl. noch Art. 18 der D. Bundesakte), der „deutschen Libertät", die im Verhältnis der Territorien zum Reich allerdings da war, — ja blühte, — nicht aber bisher in dem vom Untertan zum Landesfürsten.

Es konnte nicht ausbleiben, daß die neue Begriffsbildung bei dem Indigenatrecht ihre Zuflucht suchte. Seine Festigkeit war wohlbewährt. Es bestand aber auch nahe Verwandtschaft.

Um die Rechtsstellung des Untertanen handelte es sich. Es wurde schon nachgewiesen, daß die Personenkreise der Untertanen und der Indigenatberechtigten sich von vornherein zum größten Teil deckten; die gemeinsame Fläche war durch das Aufkommen der Naturalisationen inzwischen noch vergrößert worden. Sodann sachlich: das Indigenat, in seiner begrifflichen Scheidung von der Untertanschaft, war eine Rechtslage, die nur Rechte, nicht auch Pflichten erzeugte; eben die Begründung und Sicherstellung der Berechtigungslage des Staatsangehörigen sollten jetzt geschaffen werden. Und noch um einen Grad stand das Indigenat der Neubildung um deswillen näher, weil es bereits, wie es das Staatsbürgerrecht forderte, zugleich gegen den Landesherrn gewendet war und durch jene ständischen Vorrechte hindurchgriff. Denn was in einzelnen der obigen Urkunden von einem Ämterrecht oder einem Vorzug des Adels gesagt

ist, war, wie wohl schon die übrigen Urkunden zu folgern berechtigen, nicht ausschließend gemeint, sondern nur eine Anerkennung der Tatsache, daß für die höheren Ämter vorzüglich der Adel in Betracht kam.

Noch ein weiteres indessen kommt hinzu. Das Indigenatrecht war der feste Halt, der auf dem Boden des Staatsrechts dem neuen Gebilde sich darbot. Seine ersten Kräfte dagegen hatte dieses einem anderen, schon bestehenden, dem Orts- und besonders dem städtischen Bürgerrecht entnommen. Schon der Name weist darauf hin, bestätigt wird es im weiteren durch die steten Verweisungen auf das Ortsbürgerrecht und das römische Stadtbürgerrecht, wie sie namentlich die ältere Literatur enthält. Man hatte sich andererseits in der Literatur daran gewöhnt, das Indigenatrecht auch nach unten, auf die Ortsangehörigkeit zu erstrecken: ein wissenschaftlicher Fehlgriff, denn das Recht, wie es geschichtlich geworden und in den vorhandenen Rechtssatzungen festgelegt war, hatte mit der Ortsangehörigkeit nichts zu schaffen. Allein auch dies war ein Stück der die Begriffe umbildenden Bewegung. Indem auf diese Weise der ganze Inhalt des Ortsbürgerrechtes dem Indigenatrecht zuzuwachsen schien, konnte es wieder die entsprechenden Bestandteile an das Staatsbürgerrecht auch seinerseits weitergeben.

Und noch ein Unwägbares. Denn es darf schließlich nicht ganz unbemerkt bleiben, daß das Indigenat einen Empfindungsgehalt barg, wie ihn der Germane liebt. Die Hereinziehung jener Strauchschen Schrift in die Indigenatrechtsliteratur bestätigt, daß man alle diese Landesindigenate, die kleinen wie die größeren, doch noch ein wenig verklärt sah von dem, freilich nur durch das Wort vermittelten Glanz jener stolzen indigenatio, in deren Anerkennung sich Tazitus mit unseren Voreltern zusammengefunden hatte. Ein stolzes und ein vaterländisches Recht wollte auch das Staatsbürgerrecht werden.

So, glaube ich, erklärt es sich, daß das Indigenatrecht die Stütze wurde für das an ihm aufwachsende Staatsbürgerrecht. Die großen geschichtlichen Ereignisse zu Ende des achtzehnten und Beginn des neunzehnten Jahrhunderts, die

dann den äußeren Anstoß zur Anerkennung der Neubildung in den neueren deutschen Staatsverfassungen gaben, habe ich hier nur anzudeuten.

Dieses Verhältnis selbst aber des Indigenatrechts zum Staatsbürgerrecht erklärt die weiteren Schicksale des Indigenatbegriffs. Es ist verständlich, daß er, schon schwankend, nun weiter ins Gleiten kommen mußte. Der neue Begriff hatte ein Interesse, sich mit dem Namen des alten auszustatten. Viel Widerstand konnte dieser nicht leisten: weil seine Lebenskraft nun in beschleunigtem Gange abnahm. Gerade das Staatsbürgerrecht hat ihn entkräftet, indem es seinen wesentlichen Teil, das Recht auf die Ämter, soweit es dieses nicht ganz austilgte, in sich aufnahm; freilich ihn umbildend. Denn der Gedanke eines persönlichen Anspruchs eines bevorzugten Kreises von Staatszugehörigen oder auch der Staatsangehörigen überhaupt auf die Amter widerstreitet dem neueren Staatsrecht. Große Staaten binden sich bei der Anstellung ihrer Beamten wohl gar nicht mehr an die Schranken schon vorhandener Staatsangehörigkeit (vgl. § 9 ReichsG. v. 1. Juni 1870); ingleichen Bundesstaaten (z. B. § 19 WürttembVerfUrk., § 9 BadVerfUrk.). Soweit es aber noch heute Rechtens ist, daß nur Staatsangehörige oder nur eingeborene Staatsangehörige im öffentlichen Dienst verwendet werden sollen, beruht dieser Satz, wo nicht ausnahmsweise das ältere Recht sich erhalten hat, auf neuem Rechtsgrund und dieser wieder nicht auf einem persönlichen Interesse von Anwärtern, sondern dem sachlichen des Staatsganzen: die Fähigkeit zu den öffentlichen Ämtern, soweit sie durch die Staatsangehörigkeit bedingt ist, ist eine Wirkung des Staatsbürgerrechts. Eben dies jedoch gab einem Hinübertreten des alten Namens in den neuen Begriff eine gewisse Berechtigung. Aber auch Spuren einer Umkehrung dieses Verhältnisses finden sich: seitdem, mit dem Ausgang des achtzehnten Jahrhunderts, vornehmlich durch die Lehren und die Ereignisse in Frankreich, das Bürgerrecht selbst schon ein klangvoller Begriff geworden war, mochte umgekehrt das alte Indigenatrecht, wo es noch bestand, auch einmal der Versuchung erliegen, mit dem Namen des Bürgerrechts — wenigstens zu spielen.

Nun blieb freilich, wenn das Ämterrecht ausschied, das Nebenrecht auf die Stiftungen, und dieses nach wie vor ein Anwärteranspruch, da, wo es bestand, den Eingeborenen erhalten. Allein dies, wie jenes geringe Auseinanderliegen der beiden Personenkreise, hinderte wohl die völlige oder doch die allgemein anerkannte Gleichstellung von Indigenat und Staatsbürgerrecht: der Widerstand war jedoch nicht stark genug, um das Festhalten einer klaren Sonderung der beiden Begriffe zu erzwingen. Der alte Name, ein ehrenvolles Stück der Landesgeschichte bezeichnend, verlor sich nicht, aber, seines wesentlichen Gehaltes beraubt, suchte er nun endgültig Unterkunft bei dem Neugewordenen.

Aus diesen Verhältnissen und Beziehungen ist die auffallende Unklarheit und Zersplitterung entstanden, der der Indigenatbegriff in der neueren Zeit verfallen ist. Es bleibt noch übrig, diesen Zustand und sein Werden zu belegen. Da es in Kürze geschehen muß, sollen nur einige Vertreter der Literatur aus der Zeit bis in die Mitte des neunzehnten Jahrhunderts und wenige Proben aus deutschen Verfassungsurkunden angeführt werden. Bei der herkömmlichen Umgrenzung ihres Stoffes sind die Literaturbelege vornehmlich den Büchern über das deutsche Privatrecht zu entnehmen.

1. Literatur.

Hahn in der angeführten Schrift (1663) § 9: „Indigena mox pro cive in genere, mox pro municipe, mox pro quovis incola alicuius regionis, provinciae seu civitatis.“ — § 10: „Indigenae seu cives originarii — cives facti. — § 18: „In stricta significatione quis dicitur indigena eius civitatis, qua natus est.“ — § 20: „Jus indigenatus autem nihil aliud est, quam singularis facultas lege concessa, originariis prae reliquis extraneis et novellis civibus competens“. — Die Rechte des Indigenen werden ähnlich bestimmt, wie unten von Hofmann.

Hildebrand: De iure civium originariorum, Altd. 1746, Cap. III, § 1: Honores et utilitates gebühren den cives originarii, weil sie auch die onera tragen. — § 10: Ebenso die Stiftungen.

Hofmann in der angeführten Schrift (1758). — § 1: Unterscheidung zwischen indigenae imperii, provinciae, loci; provincia ist das Territorium. Als Besonderheit der Rechtslage der indigenae wird ein Ausspruch v. Ludewigs angeführt: „Daß die Bedienungen allein mit Landeskindern zu bestellen, die Fremde aber außerhalb Landes dazu nicht gelassen werden sollen“. — § 2: Indigenae originarii und

recepti; in der oben erwähnten Diss. von 1747 nennt H. die (cives) recepti auch naturalisati (§ 4). — § 4: „Indigenae seu cives.“ An den iura indigenarum kann man auf verschiedene Weise Teil gewinnen, beispielsweise durch receptio, adlectatio, praescriptio. — § 5: Receptio: die civitas, dann wird wieder gesagt: das ius indigenatus können die Landesherren in der Regel ohne Zustimmung der Stände erteilen. Regelmäßig sind auch die magistratus municipales zur Verleihung des ius civitatis berechtigt. — § 6: „Fiunt indigenae et cives ... et adlectatione, Heranziehung von Fremden durch Gewährung von Immunitäten, Excemtionen, Privilegien. — § 7: „Cives adhuc enarrati gaudent omnibus iuribus, nisi quaedam excipiantur, quae alias indigenis adscribuntur, in honoribus et utilibus fruendis.“ — § 8: Die indigenae genießen öffentliche und private Berechtigungen. Die öffentlichen gehen auf Ernennung zu Ämtern und Ehrenstellen, sowie Teilnahme an den Versammlungen der Stände, in Person oder durch repraesentantes. Von den privaten Berechtigungen sind die novi cives zuweilen ausgeschlossen. Teilnahme an iura realia, Stiftungen, Zünften, Handel. Libertas emigrandi, religionis et conscientiae; protectio. Holz-, Fischerei-, Retraktrechte. — § 82: Der civis originarius verliert durch Verzicht auf die civitas und Verlegung des Domizils in alium locum das forum und die privilegia civitatis.

Schröter in der angeführten Abhandlung (1785): „Eingeborene (oder Einheimische, Eingesessene, Landeskinder sind lauter gleichgültige Ausdrücke) werden diejenigen Untertanen genennet, welche vermöge ihrer Geburt das Bürgerrecht und andere Vorteile genießen. Der Inbegriff aller ihnen zustehenden Rechte heißt Indigenat.“ — Man erlangt es vorzüglich durch die Geburt, ferner durch ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Landesherrn, z. B. wenn er einem Fremden ein Amt gibt, oder auch wenn ein Fremder in einer mittelbaren Stadt das Bürgerrecht erhalten hat. — Je mehr Deutschland bevölkert und gesittet wurde, desto mehr ward es Pflicht, alle öffentlichen und wichtigen Ämter Eingeborenen anzuvertrauen. Noch heutzutage können die Landeskinder auf vorzügliche Versorgung in ihrem Vaterlande Anspruch machen. In verschiedenen Provinzen haben die Landesherren solches sogar durch Verträge ihren Landesständen zugesaget.

Runde, Deutsch. Privatr. (1), 1791, § 312: In Rücksicht auf die bürgerliche Gesellschaft sind alle Menschen entweder Einheimische, indigenae, oder Fremde. Die indigenae wieder ordentliche oder außerordentliche Mitglieder des gemeinen Wesens. Jene heißen Bürger, Nachbarn, Gemeindemänner, cives, diese Beisassen, incolae. — Indigenat ist der Inbegriff aller Gerechtsame, welche Einheimischen vor Fremden zukommen. „Im strengeren Verstande wird aber Indigenat auch für Eingeborenheit gebraucht und alsdann darunter das Recht verstanden, nach welchem alle im Auslande Geborenen auch dann noch von allen Staatsbedienungen ausgeschlossen

bleiben, wenn sie gleich durch Aufnahme Bürgerrecht erlangt haben." In der Anm. hierzu Hinweis auf die dänische Verordn. v. 1776. — § 313: Unterscheidung zwischen Reichsindigenat, Territorialindigenat und Gemeinheitsindigenat.

Danz, Handb. des heut. d. Privatr. (1800) § 312: Wiederholung der Rundischen Personeneinteilung. Das Indigenat wird erworben durch Geburt: Eingeborene, Landeskinder, oder durch Aufnahme, ausdrückliche, durch Naturalisationsreskript, oder stillschweigende: Einkömmlinge; dieses durch Aufnahme erzeugte Indigenat heißt Indigenat im e. S. oder Einzöglingsrecht. Im allgemeinen begreift man unter dem Ausdruck Bürger (civis) die Eingeborenen sowohl als die Einkömmlinge; die Rechte beider sind jedoch nicht immer gleich, die Eingeborenen genießen vielmehr vor den Einkömmlingen bedeutende Vorzüge. — § 313: Die drei Indigenate Rundes, dazu noch, wenn man ganz genau gehen will, ein Kreisindigenat. — § 314: In mehreren Territorien dürfen bald zu allen, bald doch wenigstens zu einigen Landbedienungen keine anderen als Landeskinder befördert werden und die Grenzen dieses Indigenatrechts sind zuweilen ausdrücklich in den Landesgrundgesetzen bestimmt, so daß selbst der Landesherr für sich allein keine Ausnahme machen kann".

Klüber, Öffentl. R. d. d. Bundes u. d. Bundesstaaten (2) 1822 § 381: „Die Erteilung des Indigenats-, des Staats- oder Landesbürgerrechts im w. S. (Heim- oder Heimatrechts, Einwohner-, Insassen- oder Einzöglingsrechts, Inkolats), des vollständigen oder unvollständigen, mit den davon abhängigen Rechten, durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, unbeschadet der Lokalrechte, gebührt dem Souverän".

Eichhorn, Einl. in d. d. Privatr. 2. Ausg. (1825) § 73: Einheimische (indigenae) sind in Beziehung auf die Unterwerfung unter die Gesetze des Staates und die Rechtsfähigkeit, welche in diesen den Untertanen beigelegt wird, alle, welche das Untertanenrecht haben. Ihre weitere Unterscheidung in Eingeborene (indigenae in s. propr.) und Aufgenommene ist jedoch zuweilen nicht ohne rechtliche Bedeutung, und das Indigenatrecht bildet alsdann den Inbegriff der Vorrechte, welche die ersteren vor den letzteren genießen, diese aber durch Privilegium ebenfalls erlangen können. — § 74. Erwerbung des Untertanenrechts: durch Geburt oder Aufnahme, mittels Erteilung eines Einzugsbriefes (diploma indigenatus) oder durch Übertragung eines Staatsdienstes, aber auch Eheschließung, Erwerbung des Gemeindebürgerrechts oder Beisassenrechts.

Mittermaier, Deutsch. Privatr. (7) 1847 § 107: „Nach der Art, wie allmählich das Staatsverhältnis sich ausgebildet hat, sind wahre Mitglieder der Staatsgemeinde nur die Staatsangehörigen, Untertanen oder

Einheimische (indigenae)". Dahin gehören alle Personen, welche das Untertanenrecht genießen, das entweder durch Geburt oder durch Aufnahme erworben wird. Staatsangehörige bedeutet entweder Untertanen oder solche, die innerhalb des Staatsgebietes von heimatlosen Eltern geboren oder von dem Staate wegen ihres Gewerbebetriebes oder langen Aufenthalts als Staatsangehörige behandelt werden. „Der Ausdruck Indigenat hat nach dem Staatsrecht verschiedener Staaten auch verschiedene Bedeutung: entweder ist er gleichbedeutend mit Staatsbürgerrecht, Untertanenrecht oder er bezeichnet den Inbegriff der Rechte und Pflichten, welche der Einheimische vor den Fremden hat." — In Holstein gibt die Eingeborenheit (Indigenat) besondere Rechte. — In manchen Ländern bezeichnet Indigenat den Inbegriff der Vorrechte der Landeseingeborenen vor den Aufgenommenen (Mecklenburg).

Rotteck und Welcker, Staatslexikon (1862), u. d. W. „Heimatsrecht (Indigenat)", Artikel von Bopp: „Im allgemeinen versteht man unter Heimatsrecht (Indigenat) den Gegensatz des sog. Fremdenrechts, den Inbegriff aller rechtlichen Verhältnisse der Einheimischen, dem Fremden gegenüber. Es bildet die Grundlage aller übrigen bürgerlichen und politischen Rechte." — „Das heutige deutsche Staatsrecht bannt das Heimatsrecht, welches mehrere Gesetzgebungen, z. B. die von Bayern, vom Königreich Sachsen und Großherzogtum Hessen nicht gleichbedeutend mit Staatsbürgerrecht nehmen, indem das Indigenat nur eines der verschiedenen Erfordernisse desselben ist, in die Grenzen des einzelnen Bundesstaats."

Zöpffl, Grunds. des gem. d. Staatsrechts (5) 1863, 2 § 286: „In der neueren Zeit bezeichnet man den Inbegriff der politischen und bürgerlichen Rechte, welche den Inländern nach der Verfassung ausdrücklich zustehen, im allgemeinen als Indigenat, Eingeborenenrecht oder Staatsbürgerrecht (im w. S.)". — „In den meisten Staaten sind aber gewisse politische Befugnisse selbst den Inländern nur unter der Voraussetzung gewisser Eigenschaften, wie z. B. eines gewissen Vermögens, der Ansässigkeit in einer Gemeinde usw. beigelegt. Wo dies der Fall ist, pflegt man den Inbegriff dieser an besondere Qualifikationen gebundenen Rechte in Gegensatz des Indigenats als Staatsbürgerrecht (i. e. S) zu bezeichnen (Bayern, Baden)."

2. Neuere Verfassungen.

Die Deutsche Bundesakte kennt kein Bundesindigenat (vgl. Art. 18).

Die Preußische Verfassungsurkunde enthält keine Bestimmungen über Indigenat (vgl. Art. 3).

Bayern, VerfUrk. v. 1818 § 1: „Zum vollen Genusse aller bürgerlichen, öffentlichen und Privatrechte in Bayern wird das Indigenat erfordert". — § 23: „Das bayrische Staatsbürgerrecht wird durch das Indigenat bedingt und geht mit demselben verloren". — Edikt über das Indigenat v. 1818 § 2: „Vermöge der

Geburt steht jedem das bayrische Indigenat zn, dessen Vater oder Mutter zur Zeit seiner Geburt die Rechte dieses Indigenates besessen haben". — § 3: Naturalisation mit den drei Unterfällen der Eheschließung, der Ansässigmachung und besonderen kgl. Dekrets. — § 6: Verlust des Indigenats durch Auswanderung ohne besonderen Vorbehalt des Indigenats und Verheiratung mit einem Ausländer; auch durch Erwerbung oder Beibehaltung eines fremden Indigenats ohne besondere kgl. Bewilligung. — § 7: „Das Indigenat ist die wesentliche Bedingung, ohne welche man zu Kron-, Oberhofämtern, zu Zivilstaatsdiensten, zu obersten Militärstellen und zu Kirchenämtern oder Pfründen nicht gelangen und ohne welche man das bayrische Staatsbürgerrecht nicht ausüben kann".

Großherzogtum Hessen, VerfUrk. v. 1820 Art. 12: „Der Genuß aller bürgerlichen Rechte in dem Großherzogtum, sowohl der Privatrechte als der öffentlichen (oder des Staatsbürgerrechts) steht nur den Inländern zu". — Art. 13: „Das Recht eines Inländers (Indigenat) wird erworben: 1. durch Geburt . . ., 2. durch Verheiratung . . ., 3. durch Verleihung eines Staatsamtes . . ., 4. durch besondere Aufnahme. — Art. 17: Verlust des Indigenats durch Auswanderung ohne Vorbehalt und durch Verheiratung mit einem Ausländer; jedoch Rückerwerb durch die zurückkehrende Witwe.

Kurfürstentum Hessen, VerfUrk. v. 1831 § 20: „Die Staats-Angehörigkeit (Recht des Inländers, Indigenat) stehet zu vermöge der Geburt oder wird besonders erworben durch ausdrückliche oder stillschweigende Aufnahme . . ." — § 22: „Ein jeder Staats-Angehörige (Inländer) ist der Regel nach (vgl. §§ 23, 24) auch Staatsbürger, somit zu öffentlichen Ämtern und zur Teilnahme an der Volksvertretung befähigt. . ." — § 24: Das Staatsbürgerrecht hört auf: 1. mit dem Verluste der Staats-Angehörigkeit und 2. mit der rechtskräftigen Verurteilung zu einer peinlichen Strafe, unbeschadet einer etwa erfolgenden Rehabilitation (§ 126)". — § 24: „Der Mangel oder Verlust des Staatsbürgerrechts an sich ist ohne Einfluß auf den Untertanen-Verband, sowie auf die bloß bürgerlichen Rechte und Pflichten, wenn nicht besondere Gesetze eine Ausnahme begründen".

Deutsches Reich, VerfUrk. v. 1874 Art. 3 Abs. 1: „Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Untertan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaats in jedem andern Bundesstaat als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitze, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Ämtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechts und zum Genuß aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtschutzes demselben gleich zu behandeln ist".

Die Belege bestätigen die zunehmende Vermischung der Begriffe; nur vereinzelt noch tritt auch in der Literatur der ursprüngliche Indigenatbegriff in voller Deutlichkeit hervor.

Hahn dehnt den Begriff des indigena zunächst bis auf den quivis incola aus, gibt aber in der stricta significatio den alten Begriff und bestimmt das ius indigenatus so, daß es im alten Sinne verstanden werden kann. Das Ortsbürgerrecht wird hereingezogen. — Dies auch bei Hildebrand. — Hofmann läßt sich die im Eingang ungefähr richtig bezeichnete Besonderheit des Indigenatrechtes ganz aus den Händen gleiten, spricht von indigenae seu cives und stellt auch im weiteren civitas und ius indigenatus gleich. In der Wortverbindung indigenae et cives schimmert dann wieder die richtige Vorstellung durch und in § 7 erinnert sich der Verfasser, daß einige der den cives zugeschriebenen Rechte doch eigentlich den indigenae vorbehalten seien. Die Zusammenstellung der Rechte des indigena im § 8 enthält durcheinander staatsbürgerliche und ortsbürgerliche Berechtigungen. Was über den Verlust der civitas gesagt ist, bezieht sich wieder auf das Ortsbürgerrecht. — Schröter hält Eingeborene und Einheimische für dasselbe und spricht ihnen „Bürgerrecht und andere Vorteile" zu. Der Inbegriff aller dieser Rechte sei das Indigenat; dieses enthält also das Bürgerrecht in sich. Schließlich wird der alte Indigenatbegriff wieder ungefähr erkennbar. — Runde, bestimmt und klar, erstreckt den Indigenenbegriff mit Hahn bis auf die incolae, Beisassen. Von dem entsprechenden Indigenat im weiteren sondert er jedoch ein Indigenat im strengeren Sinne ab, und dieses ist in voller Reinheit das althergebrachte. — Danz ist wieder weniger klar. Indigenat im engeren Sinne ist ihm das mindere Recht der Einkömmlinge. Im § 314 bringt er dann freilich, ein Indigenat im engsten Sinne, das alte. — Klüber stellt Indigenat, Staatsbürgerrecht im w. S. und bloßes Inkolat gleich, scheidet dann aber ohne nähere Erklärung ein vollständiges und ein unvollständiges Indigenat; das Ursprüngliche klingt darin durch. — Auch Eichhorn hält zunächst das Indigenat für dasselbe wie Untertanenrecht, dessen Doppelseitigkeit im Sinne von Staatsangehörigkeit er

richtig hervorhebt. Er erkennt jedoch daneben wie Runde als Indigenat im besonderen Sinne das alte Indigenatrecht an. Der bloße Einzugsbrief ist ihm freilich wieder ein diploma indigenatus. — Mittermaier hält ebenfalls für das regelmäßige Ergebnis der geschichtlichen Entwickelung die Gleichstellung von Staatsangehörigkeit, Untertanschaft und Indigenat. Aber er verweist auf die Verschiedenheiten der besonderen Staatsrechte und unterscheidet nach ihnen von dem allgemeinen Begriff zwei Vorzugsindigenate, das der Einheimischen und das der Landeseingeborenen. — Bopp im Rechtslexikon vermischt nun gar Indigenat und Heimatsrecht, Unterstützungsrecht; schon Klüber freilich hatte sie nicht klar auseinandergehalten. Von Interesse ist die Hervorhebung als einer Ausnahmeerscheinung, daß einige Gesetzgebungen das Indigenat nicht gleichbedeutend mit Staatsbürgerrecht nehmen. — Auch Zöpffl endlich hat zunächst die Gleichstellung von Staatsbürgerrecht und Indigenat. In den meisten Staaten sei jedoch das Indigenat ein minderes, nämlich nur eine der Voraussetzungen des vollen Staatsbürgerrechts.

Recht nahe verwandt dem ursprünglichen ist das bayrische Indigenat. Allerdings ist das Verhältnis zum Staatsbürgerrecht das umgekehrte, wie es dort zwischen Indigenat und Untertanschaft war; das Staatsbürgerrecht ist in Abhängigkeit vom Indigenat: ohne dieses kein Staatsbürgerrecht. Wohl dagegen umgekehrt; denn das Indigenat wird auch durch Geburt im Ausland von bayrischen Eltern erworben, kann bei der Auswanderung vorbehalten werden. Es ist dann also, ganz wie im alten Recht, eine Rechtslage, die erst beim Eintritt oder Rücktritt in die bayrische Staatsangehörigkeit wirksam wird. Eine Nachwirkung des alten Rechtes ist es weiter, daß das Indigenat die Voraussetzung für die Verleihung von Ämtern und Pfründen ist. — Ähnlich Großherzogtum Hessen. — Eigentümlich ist die kurhessische Verfassung. Staatsangehörigkeit, Indigenat (§ 20) und Untertanenverband (§ 24) sind gleichbedeutend. Darüber steht das Staatsbürgerrecht mit der Fähigkeit zu öffentlichen Ämtern und zur Teilnahme an der Volksvertretung. Nur

in der Regel sind Indigenat und Staatsbürgerrecht miteinander verbunden; kein Staatsbürgerrecht ohne Indigenat, wohl aber umgekehrt, denn das Bürgerrecht allein geht bei peinlicher Bestrafung verloren. Das Indigenat ist hier deutlich ein minus, nicht aliud, gegenüber dem wohl etwas übertriebenen Staatsbürgerrecht. — Weitab von dem ursprünglichen liegt endlich das Indigenat der Reichsverfassung. Der Art. 3 hat weder durch alle Bundesstaaten hindurch ein Reichsindigenat, noch etwa in jedem Bundesstaat für die Angehörigen aller übrigen ein Landesindigenat geschaffen; er begründet überhaupt nicht für die Reichsangehörigen Rechte oder eine Berechtigungslage, sondern hat nur Schranken beseitigt, die in den Gesetzgebungen der Bundesstaaten einer gleichen rechtlichen Behandlung der — Landesfremde bleibenden — übrigen Deutschen mit den eigenen Staatsangehörigen entgegenständen (vgl. Laband § 20; Arndt § 12).

Das Ergebnis ist: Die heutige allgemeine Staatsrechtslehre kennt nicht einen gemeinsamen oder auch nur wesentlich übereinstimmenden Indigenatbegriff. Wo daher dieser zur Sprache kommt, muß innerhalb des jedesmaligen besonderen Rechtsgebietes auf seine Quelle zurückgegangen werden. Erst von dort aus läßt sich der Begriff bestimmen. Bei dieser Bestimmung aber wird man sich vor dem Fehler hüten müssen, Verschiebungen einzumischen, wie sie in der neueren staatsrechtlichen Literatur und Gesetzgebung, wie gezeigt, nach verschiedenen Richtungen hin stattgefunden haben. Lediglich darauf ist noch zu sehen, ob innerhalb des besonderen Rechtsgebietes die spätere Gesetzgebung oder etwa Gewohnheitsrecht den Begriff verändert hätten. Soweit aber die zugehörige Staatsrechtswissenschaft sich von Verschiebungen jener Art hätte beeinflussen lassen, müssen auch diese ausgeschieden werden.

§ 4. Das gesamtdänische Indigenatrecht.

Die Erörterung des dänischen Indigenatrechtes blieb vorbehalten.

Unter dem 15. Januar 1776 erließ König Christian VII. für den gesamten damaligen Umfang der dänischen Monarchie

— Dänemark, Norwegen, Schleswig und Holstein mit Helgoland: nicht Lauenburg (vgl. Falck, Handb. d. Schlesw.-Holst. PrivR. Bd. 4 § 26 Anm. 52; Lauenburg bleibt deshalb hier überall außer Betracht) — die folgende Verordnung:

Das Indigenatrecht, wodurch der Zugang zu den Ämtern in den Königlichen Staaten den eingeborenen Untertanen, oder denen, die ihnen gleich zu achten sind, allein vorbehalten wird.

Wir Christian der Siebente usw. tun kund hiermit: Daß es schon lange Unser Entschluß gewesen, durch ein Grundgesetz unter gewissen und nötigen ausdrücklichen Einschränkungen festzustellen, daß alle Ämter in Unsern Staaten, es mögen Hof-, geistliche, Zivil- oder Militärämter, von großer oder geringer Wichtigkeit sein, an sonst niemanden als eingeborne Landeskinder oder die ihnen gleich zu achten sein möchten, vergeben werden können und sollen. Die Billigkeit selbst will, daß des Landes Dienst die Kinder des Landes nähre und die Vorteile im Staate den Bürgern desselben zu Teil werden. Die Erfahrung aller Zeiten hat auch gelehret, daß es in einem Lande, wo für die Erziehung der Jugend Sorge getragen wird, nie an tüchtigen Leuten fehle, wenn der Regent sie suchet. [Folgt ein Hinweis auf verdienstvolle Männer des Landes und die gegenseitige Liebe von König und Volk.]

Alle diese Betrachtungen haben bei Uns den Vorsatz gewirket und unterhalten, durch eine feierliche und unveränderliche Anordnuug die Ämter des Landes den Kindern desselben zu versichern. Denn obgleich der Staat Auswärtige gehabt, und Wir annoch Auswärtige in Diensten haben, die mit einem rühmlichen Eifer Uns und dem Staate gedienet haben, und noch diese Stunde zu Unserer vollkommenen Zufriedenheit dienen: so können Wir Uns doch nicht entbrechen, dem Gesetze der Billigkeit, der Liebe und selbst des Gewissens zu folgen, wenn Wir nunmehr, nachdem Wir zur Tüchtigkeit Unserer eigenen Jugend gute Anstalten gemachet und noch ferner zu machen Uns vorgesetztet haben, in einer so landesväterlichen Absicht gebieten und befehlen:

1. Es soll, von dem Tage dieses Gesetzes an, für eine notwendige Eigenschaft, um in Unseren Königreichen und Landen Ämter und Bedienungen, wie sie Namen haben mögen, es sei bei Hofe oder in dem geistlichen, Zivil- oder Militärstande zu erhalten, geachtet werden, daß die zu befördernde Person in Unseren Staaten oder von solchen daselbst gebürtigen Untertanen, die sich auf Reisen oder um Unseres Dienstes willen außerhalb Landes aufhalten möchten, geboren sei. Zu dem Ende sollen Unsere sämtlichen Kollegien [und sonst Vorschlags- oder Ernennungsberechtigte] bei Unserer Ungnade genau darauf Acht haben, keine andern als Dänen, Norweger, Holsteiner, oder die ihnen gleich zu achten sind, vorzuschlagen; und in allen Vokationen, Briefen und Bestallungen soll ausdrücklich angeführet werden, daß der Impetrant die Eigenschaften habe, die in dieser Unserer unveränderlichen Anordnung festgesetzet sind.

2. Den Eingeborenen sollen gleichgeachtet werden alle diejenigen, die am 29. Januar 1776 bereits in Unseren und des Staates wirklichen Ämtern und Diensten stehen, obschon sie in Unseren Landen nicht geboren sind.

3. Den Eingeborenen sollen ferner gleichgeachtet und angesehen werden alle Ausländer von Geburt, die Landgüter oder andere Immobilien, wenigstens 30000 Rtlr. wert, es seien vollständige Freigüter in Dänemark, Eisen- oder andere Werke und Besitztümer in Norwegen, Landgüter in Holstein oder Plantagen auf Unseren Westindischen Eilanden, eigentümlich inne haben oder nach diesen durch Erbschaft, Heirat, Kauf oder andere rechtmäßige Weise zu eigen überkommen, oder die Häuser oder Fabriken, wenigstens 10000 Rtlr. wert, in Unseren Dänischen, Norwegischen und Holsteinischen Städten, oder auch Manufakturen und Fabriken auf dem Lande, wo dergleichen sich befinden und zugelassen werden, erwerben [worüber rechtsgültige Beweistümer beizubringen sind].

4. Den Eingeborenen sollen weiter gleichgeachtet werden die Fremden, die sich in Unseren Landen niederlassen und daselbst verbleiben und mit klaren und gültigen Beweistümern vor Augen legen, daß sie in Unseren Handelskompagnien oder sonst in der Handlung Unserer Königreiche 20000 Rtlr. zu eigen besitzen und stehen haben.

5. Den Eingeborenen sollen endlich gleichgeachtet werden:

a) die Lehrer, die von fremden Orten nach Unserer Universität Kiel, nach der St. Petri-Kirche zu Kopenhagen, zu der Mission in Tranquebar, oder auch zu den in Unseren Staaten befindlichen reformierteu Gemeinen berufen werden; wie auch

b) die auswärtigen Fabrikanten, Künstler und Meister, die zu einem und anderen neuen Werke oder Einrichtung in Unseren Staaten vonnöten sein möchten.

c) Mit den Werbungen bleibt es auf dem bisherigen Fuße, und die Unteroffiziere und Soldaten, die sich durch Tapferkeit in Unseren Diensten auszeichnen, zu belohnen, behalten Wir Uns vor.

6. Alle Auswärtige, die noch vorstehenden 2 ten, 3 ten, 4 ten und 5 ten Artikel den Eingeborenen gleichgeachtet und angesehen werden sollen, müssen innerhalb Jahresfrist ... um Erteilung eines Naturalisationsbriefes, soweit sie damit nicht bereits versehen sind, einkommen ...

7. Die Auswärtigen, die nach diesem in Unserm Lande kommen und, nach Maßgebung des 2 ten, 3 ten, 4 ten und 5 ten Artikels, gleicher Rechte mit den Eingeborenen fähig sind, haben, gegen Entrichtung der gewöhnlichen Abgaben, einen Naturalisationsbrief auszuwirken, bevor sie gewärtig sein können, daß ihnen, den Eingeborenen gleich, der Weg zu Ämtern offen sei.

8. In Ansehung Unserer Pagen sowohl, als der Kadetten bei den beiden Militairetaten, wollen Wir und setzen hierdurch ausdrücklich fest, daß kein Knabe, als der für eingeboren geachtet werden kann, dazu angenommen werden solle und möge. Wobei wir vollkommen versichert

sind, daß Unser Königliches Haus zu allen Zeiten mit seinen Pagen derselben unveränderlichen Regel unverbrüchlich folgen und sich überhaupt zu einem angenehmen Gesetze machen werde, keine Person beiderlei Geschlechts im Dienste des Hofes zu gebrauchen, als die eingeboren sind oder dafür gehalten werden können. Wie Wir dann auch von nun an alle Stifter und Klöster in Unseren Staaten einzig und allein Frauen und Jungfrauen aus den Eingeborenen des Landes oder denen, die denselben gleichgeachtet werden, vorbehalten haben wollen.

9. Alle Auswärtige, die nicht, nach vorstehendem 2ten, 3ten, 4ten und 5ten Artikel, den Eingeborenen gleich, zur Beförderung und zu Ämtern berechtiget gehalten werden können oder sollen, haben doch, sowohl als diese, vollkommene Freiheit, in Unseren Königreichen und Landen zu wohnen, und sich in alle die Wege, die Unsere Gesetze und Verordnungen zulassen und bisher zugelassen haben, zu ernähren, sollen auch daselbst allen Schutz und Achtung genießen, die ein jeder von einer christlichen und milden Regierung nach seinem Stande erwarten kann; gleichwie auch ihre im Lande geborene Kinder, wenn sie in Unseren Staaten verbleiben, insgesamt für Eingeborene vollkommen geachtet und angesehen werden sollen. So schließet auch diese Unsere Anordnung niemanden in seiner Zunft oder Innung davon aus, nach seiner Ordnung Ältermann oder Vorsteher der Zunft zu werden oder zu anderen Stellen dieser Art zu gelangen.

10. ... Und daher erklären Wir diese Unsere Verordnung für ein unveränderliches und unverbrüchliches Gesetz des Reichs, welches Wir, als König und Vater, allen Unsern eignen Deszendenten heilig zu beobachten und niemals davon abzuweichen auflegen; es möchte dann ein solcher höchstbeträchtlicher und für den ganzen Staat besonders wichtiger einzelner Fall, den alle menschliche Vorsichtigkeit nicht voraussehen kann, eintreffen, der eine Ausnahme in diesem Grundgesetze unumgänglich notwendig machte, welches jedoch in solchem Falle nie zur Folge gezogen werden oder die Kraft und stetswährende Wirkung dieser Anordnung schwächen soll. [Folgt die Bekanntgebung, daß des Erbprinzen Kgl. Hoheit für sich und seine Deszendenten eine dieses Gesetz als Grundgesetz anerkennende Versicherungsakte ausgestellt habe].

Von früheren Bildungen oder Anzeichen eines Indigenatrechts in den dänischen Gebieten ist mir, außer der oben abgedruckten schleswig-holsteinischen Urkunde von 1590 nur Weniges und Geringfügiges bekannt geworden. Johann Balthasar Schuppius (Lehrreiche Schriften, Frankf. 1684, s. Grimms Wörterb. „Landeskind") macht die Bemerkung, daß in Dänemark „sie nicht leichtlich jemand in Krieg- oder Friedenszeiten zu hohen Ämptern employren, er sei denn ein Edelmann oder Landkind". — Hofmann in der oben

ausgezogenen Schrift (1758) sagt zunächst von den Schweden: „Sueci rigidissime observant ius indigenatus, cum iureiurando obligent regni gubernatores, antequam coronentur, ut regni atque principatus consiliis muneribusque solos indigenas, nullo exterorum habito respectu, proponant“ (§ 84). Er führt sodann Beispiele aus der schwedischen Geschichte an, darunter, daß Christian I. von Dänemark (1449/81) und sein Sohn Johann (1481/1513) nicht zuletzt um deswillen die schwedische Krone eingebüßt hätten, weil sie die Auswärtigen vor den Eingeborenen bevorzugten. Dem folgt, im Anschluß an die oben mitgeteilte Urkunde Adolf Friedrichs von Schweden, unter Bezugnahme auf zwei andere Autoren der Vermerk, daß in Dänemark dasselbe gelte. — Falck (4, 144) meint, die Bevorzugung der Eingeborenen scheine in Schleswig-Holstein nicht gar alt zu sein. Er nennt Privilegien Christians I. von 1460 und Friedrichs I. von 1524, nach denen zu landesherrlichen Beamten keine andere als Einwohner dieser Lande, Eingeborene sei nicht gesagt, ernannt werden sollten. Die obige Urkunde von 1590 erwähnt er nicht, wohl aber Privilegien der Universität Kiel von 1666, in denen eines schleswig-holsteinischen Indigenatrechts, als eines Vorzugs der eingeborenen Landeskinder gedacht sei. Später sei das Wort Indigenat auch gebraucht worden, um den Inbegriff der Rechte zu bezeichnen, die der schleswig-holsteinischen Ritterschaft im Gegensatz zu den non recepti zustanden. Genau bestimmt, bemerkt er abschließend, schienen die in dem schleswig-holsteinischen Indigenat enthaltenen Vorzüge der Eingeborenen nicht gewesen zu sein, und auf allen Fall hätten die etwaigen Vorrechte dieser Art keine sonderliche Beachtung gefunden. — Matzen sagt von einem älteren dänischen Indigenatrecht nichts und von einer rechtlichen Unterscheidung zwischen Eingeborenen und Nichteingeborenen nur, daß nach einem Reskript von 1731 und einer Verordnung von 1736 nichteingeborene Bettler über die Grenze zu befördern gewesen seien, eingeborene nicht, sowie daß eine Kartellkonvention mit Schweden von 1738 die eingeborenen dänischen Deserteure von der Auslieferung ausgenommen habe (15 ff.).

Zu der Zeit, als Hofmann ein dem schwedischen gleich strenges Indigenatrecht für Dänemark noch behauptete, stand es nun aber jedenfalls tatsächlich im dänischen Reich ganz anders. Friedrich V. (1746/66), der hochherzige Förderer der aufblühenden deutschen Dichtkunst, hatte außer deutschen Dichtern und Gelehrten auch zu den Beamtenstellen vielfach Deutsche berufen. Ihm folgte der schwache Christian VII. Nach dem blutigen Sturz des Reichsdeutschen Struensee (1772) kam in Dänemark eine nationale Gegenströmung zur Herrschaft. Es darf angenommen werden, daß die Indigenatverordnung von 1776 unter ihrem Einfluß zustande gekommen ist (vgl. Grenzboten 04, 558). Die Verordnung war also zunächst gerichtet gegen die Auswärtigen, vorzüglich die Reichsdeutschen.

In den landesväterlichen Worten der einleitenden Begründung ist davon natürlich nichts gesagt. Die Begründung sagt aber ferner nichts von einer zweiten Richtung, die die Verordnung hatte. Sie ist die wichtigere, in ihr liegt es begründet, daß Dänemark diese gesetzgeberische Maßnahme als ein wichtiges, grundlegendes Gesetz des Staates dauernd wertgehalten hat.

Es ist von Interesse, zu beobachten, wie in der geschichtlichen Entwickelung, auch ohne zeitlichen Zusammenhang und trotz mancher Ungleichheiten in den tatsächlichen Voraussetzungen, die gleichen Triebe bei geistesverwandten Völkern zu gleichen Bildungen führen. Das Streben nach Verselbständigung der Territorien mußte als der Grundtrieb bei der Entstehung des deutschen Territorialindigenates angenommen werden. Die nähere Veranlassung war dort ein Streit zwischen Landesherrn und Ständen. An einem solchen Streit fehlte es in der absoluten, auch in den Herzogtümern (Goos und Hansen, § 25) ständelosen Monarchie, wie sie seit 1660 in Dänemark bestand, vollkommen. Gleich dagegen war das Streben nach Wahrung der Selbständigkeit. Hier aber wurde es durch zwei Umstände noch verstärkt.

Es handelte sich für Dänemark bei der Fernhaltung Fremder von seinem Staatsleben um einen nationalen Gegensatz. In den deutschen Territorien war das anders gewesen,

und das Fehlen dieses Gegensatzes hatte jene allmähliche Abschwächung des Territorialindigenates erleichtert. Hier dagegen mußte, wenn man sich einmal auf die nationale Verschiedenheit besonnen hatte, die Abwehrkraft größer und nachhaltiger sein, ein Indigenatrecht also, so, wie es Hofmann von Schweden sagt, verstärkte Bedeutung gewinnen.

Nun konnte freilich kein rein dänisches Indigenat aufgestellt werden. Es hätte den stärksten Halt gegeben. Das dänische Reich aber umschloß zwei Nationen, die dänische und die norwegische, und Angehörige einer dritten, der deutschen. Möglich war nach Lage der Verhältnisse nur ein Gesamtindigenat, das allen drei Volksteilen gleiche Rechte gewährte. Allein gerade für eine solche Ordnung bestand nun wieder, jenen Nachteil ausgleichend, ein selbständiges inneres Staatsinteresse. Man durfte hoffen, daß die Einräumung eines, durch das Reich hindurchgehenden wichtigen Vorzugsrechts an die Landeseingeborenen gleichmäßig aller drei Nationen diese enger verbinden, an den Gesamtstaat fesseln und so dessen Dauer gewährleisten werde. Daß das herrschende Volk seinen vorwiegenden Einfluß sich erhalten werde, wird man daneben vorausgesetzt haben.

Die Sachlage ergibt ohne weiteres, daß auch diese zweite Absicht, einer festen Zusammenschließung des dänischen Gesamtstaates, beim Erlaß der Indigenatsverordnung bestanden haben muß (s. auch v. Schirach, Über das Königl. dänische Indigenatrecht, Hamburg 1779, 99; übrigens eine kaum lesbare, sachlich fast ganz unergiebige Schmeichelschrift). Diese Richtung des neuen Rechtes ist es, die das Indigenatgesetz dem dänischen Staat mit Recht besonders wert gemacht hat: wenngleich der Plan im harten Gang der Geschichte zerschellte.

Bestanden nun aber für Dänemark diese verstärkten Antriebe, so war für den Inhalt des zu schaffenden Rechtes doch eben nur jener Grundgedanke bestimmend: Wahrung der staatlichen, hier nationalstaatlichen oder, will man genau sein, werdender nationalstaatlicher Selbständigkeit. Und es zeigt sich nun, bei Gleichheit des Grundgedankens, in geradezu überraschender Weise die völlige Übereinstimmung

dieses neuen dänischen Indigenatrechtes mit dem deutschen Territorialindigenat, dessen nähere Veranlassung doch eine andere gewesen war, das sich dort schon fast überlebt hatte, nirgends in dieser Zeit mehr hätte entstehen können. In genauer Nachbildung rief man das gleichgerichtete Recht hier neu ins Leben.

Die Übereinstimmung besteht in allen wesentlichen Punkten. Die Ämter und die Stiftungen sind der Gegenstand des Indigenatrechts. Verliehen wird das Recht an die Landeseingeborenen im strengsten Sinn, mit Einschluß der Kinder von Landfremden (§ 9; Goos u. Hansen § 9; Falck 4 § 26 bei Anm. 48). Hinzugefügt ist die inzwischen aufgekommene Naturalisation. Erworben wird also das Recht allein durch die wirkliche oder im Wege der Verleihung ersetzte Tatsache der Geburt im Lande. Bei seite gelassen ist die Untertanschaft. Dies ist der wesentliche Inhalt der Verordnung, alles übrige nur Ausführung.

Diese Sätze sollen hier nur vorläufig hingestellt sein; ihre nähere Begründung wird sich aus dem nun Folgenden ergeben. Ich gehe zu der entscheidenden Frage über: in welchem Verhältnis dieses, oder, ich muß vorläufig erweitern, das dänische Indigenatrecht zum dänischen Staatsbürgerrecht gestanden habe.

Es darf als herrschende Lehre des dänischen Staatsrechts angesehen werden, daß zu Ausgang des achtzehnten und noch bis in die Mitte des neunzehnten Jahrhunderts ein Staatsbürgerrecht im heutigen Sinn in Dänemark nicht bestanden hat. Bis 1849 erhielt sich die absolute Monarchie (Goos und Hansen § 25). In den Tagen der königlichen Alleinherrschaft, sagen Goos und Hansen, § 8, habe sich ein besonderes Staatsbürgerrecht der Untertanen, das ihnen den Aufenthalt im dänischen Reiche zugesichert hätte, nicht aufstellen lassen; der König habe sowohl die Eingeborenen als die Eingewanderten des Landes verweisen können, und es habe auch keine unbedingte Verpflichtung bestanden, von einem fremden Staat heimgeschickte Eingeborene aufzunehmen. Dies alles folgt in der Tat aus dem Begriff der absoluten Monarchie und steht mit der geschichtlichen Ent-

wickelung des Staatsbürgerrechts in anderen, so den deutschen Staaten im Einklang.

Soviel zu ersehen, ist es bisher nicht bezweifelt worden, daß, wo in neuerer Zeit von dänischem Indigenatrecht die Rede ist, dieser Rechtsbegriff zunächst ausschließlich der Verordnung von 1776 zu entnehmen und dann nur noch zu prüfen ist, ob er durch spätere Rechtssatzungen ergänzt oder verändert worden ist (vgl. Falck 4, § 26; Goos und Hansen §§ 8, 9). Das ist auch richtig. Wenn die obigen geschichtlichen Nachweisungen ein sicheres Ergebnis geliefert haben, so ist es das, daß das ius indigenatus als Recht mit diesem ganz bestimmten Inhalt allgemein verstanden wurde: das Recht auf die Ämter und Stiftungen. Dieses Recht hat die Verordnung von 1776 erschöpfend regeln wollen, „das Indigenatrecht", wie es in der Überschrift heißt (vgl. hierzu v. Hedemann i. d. Ztschr. f. schlesw.-holst. Gesch. 05, 309).

Sowohl in Ansehung des Staatsbürgerrechts als des Indigenatrechts ist indessen Matzen in beiden Punkten anderer Meinung.

Zum Staatsbürgerrecht geht er als entscheidendem Merkmal von dem Recht zum Aufenthalt im Lande aus und findet dann die erste Anerkennung eines dänischen Staatsbürgerrechts (17 oben) schon in jenen Verordnungen von 1731 und 1736, nach denen nichteingeborene Bettler über die Grenze geschafft werden sollten, eingeborene nicht. Die Annahme ist unrichtig. Die Verordnungen geben nicht dem eingeborenen Bettler ein Recht zum Aufenthalt im Lande, sondern enthalten nur die ganz vernünftige Anweisung an die Behörden, von seiner Abschiebung über die Grenze abzusehen: weil er nämlich doch wieder zurückgeschoben worden wäre! Bei den nichteingeborenen Bettlern durfte man eher damit rechnen, daß sie drüben aufgenommen werden oder sich ihrerseits in die Fremde durchschlagen würden. Oder hätte dieser eingeborene Bettler, wenn er sich später etwa politisch oder sonstwie lästig machte und ausgewiesen werden sollte (s. Goos und Hansen oben), sich darauf berufen können, als eingeborenem Bettler sei ihm durch jene Verordnungen das Recht zum Aufenthalt im Lande verliehen? — Nicht

besser steht es um die Konvention mit Schweden von 1738, nach der die eingeborenen Dänen, die in Schweden desertiert waren, nicht ausgeliefert werden sollten. Auch hierin findet Matzen die Anerkennung eines dänischen Staatsbürgerrechts (15, 17 oben). Aber die Konvention erzeugte nur völkerrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen zwischen dem schwedischen und dem dänischen Staat, nicht Rechte und Pflichten zwischen diesem und dem desertierten Dänen. Und nicht einmal aus dem Interesse des Deserteurs heraus ist auch hier die Bestimmung vermutlich getroffen; man wird, auf Werbungen angewiesen, den „Kerl", der doch eigentlich in Dänemark hätte dienen sollen, eben gern in die eigenen Kompagnieen gesteckt haben.

Ebenso irrig aber ist es, wenn Matzen in diesen Bestimmungen zugleich Rechtssatzungen eines, neben dem der Verordnung von 1776 bei deren Erlaß schon bestehenden Eingeborenenrechts erkennen will (16, 17). Es fehlt dazu die auch hier erforderliche subjektive Berechtigung; die Ansicht ist jedoch vor allem ganz geschichtswidrig, ein Recht für personae miserae, Bettler und Ausreißer, auch Hilfsbedürftige, ist das Eingeborenrecht nie und nirgends gewesen.

Matzen will nun aber aus der Indigenatverordnung selbst die Anerkennung eines schon damals bestehenden Staatsbürgerrechts herauslesen; er bezieht sich dafür auf die begründenden Worte der Einleitung, die Billigkeit selbst wolle, daß die Vorteile des Staates den Bürgern desselben zuteil werden. Die Worte haben die Bedeutung, erkennen zu lassen, daß den Verfassern der Verordnung die damals überall, am nachdrücklichsten zu dieser Zeit in Frankreich vertretene neue Lehre vom Staatsbürgerrecht bekannt war, und sodann vielleicht, daß sie die Härten dieses Indigenatrechtes mit dem schon beliebt gewordenen neuen Begriff etwas verkleiden wollten (vgl. S. 223 oben). Eine weitergehende Bedeutung kommt dem Satz nicht zu. Er enthält insbesondere keinen gesetzgeberischen Ausspruch, sondern ist nur unverbindlicher, gleichgültig, ob richtiger oder falscher Bestandteil der vorausliegenden Erwägungen des Gesetzgebers (vgl. auch v. Hedemann a. a. O. [1905] 310, 312).

Damit ist sichergestellt, einmal, daß beim Erlaß der Verordnung von 1776 ein dänisches Staatsbürgerrecht noch nicht bestand, und sodann, daß der Begriff des dänischen Indigenatrechts in der Tat, spätere Änderungen vorbehalten, dieser Verordnung zu entnehmen ist, daß es sich also auch für die vorliegende Frage doch nur um dieses Indigenatrecht handelt. Für die Frage selbst, das Verhältnis zur Staatsangehörigkeit, kommt hiernach, auf den ursprünglichen Bestand gesehen, nur die Untertanschaft in Betracht.

Auch zu dieser setzt Matzen mit seiner Beweisführung schon in der Zeit vor 1776 ein und will für diese schon ein Verhältnis von besonders enger Beziehung zwischen Eingeborenheit und Untertanschaft nachweisen. Die Besonderheit besteht aber nicht. Matzen führt (28, 29) eine Reihe von Handels- und Freundschaftsverträgen Dänemarks mit barbarischen, aber auch mit christlichen Staaten, Tunis, Tripolis, Marokko, Frankreich und Genua, aus den Jahren 1751 bis 1756 an, in denen zugunsten dänischer in diesen Ländern domizilierter Untertanen Bestimmungen getroffen seien. Da nun die nur durch die Wohnsitznahme in Dänemark erworbene Untertanschaft der Nichteingeborenen vom Wohnsitz abhängig gewesen (29), kann nur heißen, mit Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland erloschen sei, so könnten unter den Untertanen der Verträge nur eingeborene dänische Untertanen verstanden werden. Daraus folge dann, daß der Eingeborene, anders wie der Nichteingeborene, trotz Domizilierung im Ausland dänischer Untertan bleibend, als Eingeborener Untertan gewesen sei. — Die etwas mühsame Beweisführung ist fehlerhaft in der Behauptung, die Untertanschaft der Nichteingeborenen sei schon durch eine Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland erloschen. Diese konnte erfolgen unter Zurücklassung des Vermögens, auch der Familie, auf Zeit, mit der Absicht baldiger Wiederkehr, um in Tripolis oder Genua für einige Jahre gewinnreichen Handel zu treiben: ohne Zweifel blieb auch diesem nichteingeborenen Untertanen die dänische Untertanschaft erhalten. Erst die emigratio, die Auswanderung mit der Absicht endgültiger Lösung vom Lande und der Verpflichtung zur Erlegung der

gabella emigrationis (Falck 4 § 25 bei Note 33) hob die Untertanschaft auf, sie aber, in jener Zeit jedenfalls, gleichmäßig für Nichteingeborene wie Eingeborene. Es ist daher in den einheitlich gemeinten Untertanenbegriff der Verträge eine unrichtige Unterscheidung hineingetragen.

Scheidet aber dieser Einwand aus, dann liegt die Frage nach dem Verhältnis zwischen Indigenatrecht und Untertanschaft nun wieder ebenso wie beim ursprünglichen deutschen Territorialindigenat; die dort gezogenen Folgerungen brauchen nur übertragen zu werden. Hereinzunehmen ist jedoch die erst später üblich gewordene Naturalisation; sie wurde schon berührt, ihre Bedeutung ist hier näher zu bestimmen.

Die Naturalisation ist eine Nachbildung der receptio in die städtische Bürgerschaft; Hofmann in der oben angeführten Stelle spricht von cives recepti seu naturalisati. Das Wort sagt indessen mehr als bloße Aufnahme. Es liegt ihm offenbar die Vorstellung eines natürlichen, sich von selbst gestaltenden Verbandes zugrunde, und dies kann nur der der Eingeborenen, der in der Stadt, im Lande Geborenen sein. Diesen sollte der Naturalisierte gleichstehen. Für die städtische Bürgerschaft hatte das nach dem, was über die cives recepti oben gesagt wurde, nur die Bedeutung eines verstärkten Ausdrucks der Rechtswirkung, die die receptio schon hatte. Für die Territorien dagegen wurde der einmal gewonnene Begriff, wie früher ausgeführt, das Mittel, die Schranken des Indigenatrechts ohne ausdrückliche Änderung der Rechtssatzungen zu erweitern. Ursprünglich indessen wird die Naturalisation auch dort nichts weiter wie receptio, die ausdrückliche Aufnahme in die Untertanschaft, im Gegensatz zu stillschweigender Zulassung, bedeutet haben. So gab es auch in Dänemark schon vor der Verordnung von 1776 eine Naturalisation (vgl. §§ 6, 7). Mit ihrer Herübernahme in das Indigenatrecht aber gewann sie nun auch hier jene zweite, durch das Wort schon vorgebildete Bedeutung: der Naturalisierte wurde Eingeborener. Gedacht ist dabei der Hergang als eine künstliche Ersetzung der wirklichen Tatsache der Geburt im Lande. Neben dieser zweiten blieb jedoch jene erste Wirkung bestehen: der naturalisierte Ein-

geborene wurde durch die Naturalisation so, wie der wirkliche Eingeborene durch die Geburt, zugleich Landesuntertan.

Stehen nun aber hiernach Naturalisation und Geburt im Lande rechtlich in allen Stücken gleich, so ergibt sich für beide Fälle auch dieser dänischen Eingeborenheit und die Untertanschaft wieder die Scheidung: Geburt im Lande und Naturalisation erzeugten nebeneinander die zwei gesonderten Rechtslagen der Eingeborenheit und der Untertanschaft, keine durch die andere vermittelt, keine von der anderen abhängig. Konnte eine der beiden Rechtslagen verloren gehen und ging sie verloren, so berührte das nicht das Fortbestehen der anderen. Die Eingeborenheit in diesem bestimmten Landgebiet war auch hier eine unverlierbare Rechtslage. Die Untertanschaft dagegen erlosch durch Auswanderung. Dem eingeborenen Ausgewanderten blieb dann aber die Rechtslage des Indigenatrechtes erhalten. Wenn die Verordnung von 1776, wie es auch in keiner der älteren Rechtssatzungen geschehen, diese Folgerungen nicht ausspricht, sondern, im § 9, nur von der Untertanschaft der von auswärts Kommenden, die nicht das Indigenatrecht erwerben, handelt, so ist das vollkommen in Ordnung. Es ist Aufgabe der Wissenschaft, aus den anordnenden Kundgebungen des Gesetzgebers die erforderlichen Folgerungen zu ziehen.

Es bleibt in Frage, ob, wenn demnach Indigenatrecht und Untertanschaft rechtlich geschieden waren, das Indigenatrecht demnächst mit dem sich bildenden dänischen Staatsbürgerrecht, wie behauptet wird, eine rechtliche, und zwar unlösliche Verbindung eingegangen ist.

Goos und Hansen sagen dazu, § 8, das Folgende: Mit der Einführung einer konstitutionellen Verfassung — 1849 also — und der neueren Entwickelung des öffentlichen Rechts zufolge habe sich ein besonderer Begriff von Staatsbürger in Dänemark gebildet. Das Hauptmerkmal des Begriffes sei der allgemeinen Rechtsanschauung gemäß dies, ob der Betreffende ein gesetzlich bestimmtes Recht, sich im Lande aufzuhalten, habe oder nicht. Ein solches Staatsbürgerrecht hätten zuvörderst alle Eingeborenen. Demnächst könnten Nichteingeborene dieses Recht, unter gewissen Voraus-

setzungen, durch Einwanderung erwerben. Im § 9 bemerken sie, das Indigenat und „das damit verknüpfte Staatsbürgerrecht“ gehe nicht durch Auswanderung verloren und sei ein überhaupt unverlierbares Recht.

Matzen, der schon für die vorausliegende Zeit eine Verkettung der Eingeborenheit mit der Untertanschaft und damit zugleich dem schon angenommenen Staatsbürgerrecht (28) nachzuweisen suchte, findet den Ausspruch oder eine Anerkennung dieses Rechtszustandes auch in einigen Rechtssatzungen aus der Zeit zwischen 1776 und 1849. S. 17 führt er das Reglement für die Kapereifahrt vom 28. März 1810 an, erlassen für das Königreich und die Herzogtümer, in dessen § 1 es heißt, daß die Erlaubnis zur Kaperei nur denen erteilt werde, die durch Geburt oder Aufnahme das dänische Bürgerrecht erworben haben. Mit den Ausdrücken Geburt oder Aufnahme könne nur auf die Regeln über den Erwerb des Indigenatrechts Bezug genommen sein, und es werde damit also in dem Reglement anerkannt, „daß das Eingeborenenrecht als solches dänisches Bürgerrecht verleiht“. — Als sehr wahrscheinlich ist zuzugeben, daß mit der Aufnahme hier in der Tat die Naturalisation im Sinne der Indigenatsverordnung gemeint ist, der starke Ausdruck „Bürgerrecht“ weist darauf hin. Dieses Bürgerrecht selbst ist freilich nur der klingendere Name für die allein erst bestehende Untertanschaft. Aber es kommt im Grunde darauf hier nichts an. Richtig wäre dann im übrigen, daß nur die wirklichen und naturalisierten Eingeborenen und zugleich dänischen Untertanen oder Bürger Kaperbriefe erhalten sollten: also allerdings ein Zusatzrecht zu den bisherigen Wirkungen des Indignatrechtes, und zwar in der Form, wie sie früher dargelegt wurde, daß seine Ausübung durch die weitere Voraussetzung der Untertanschaft bedingt war. Die straffere Bedeutung, die das Eingeborenenrecht gerade für den nationalen Staat hat, würde eine solche Anknüpfung an das Indignatrecht wohl erklären können. Aber ganz unrichtig ist es, daß hier anerkannt sei, das Eingeborenenrecht als solches verleihe das Bürgerrecht. Wo ist der Beweis, daß Geburt oder Naturalisation erst das Eingeborenenrecht und dieses sodann das Bürgerrecht erzeugten?

Der richtige Hergang ist der, daß Geburt oder Naturalisation zugleich Eingeborenheit und Untertanschaft (oder Bürgerrecht) erzeugten, als zwei rechtlich gesonderte Rechtslagen, die nur tatsächlich hier zusammentreffen sollen. — Matzen erwähnt weiter (22) ein für das Königreich ergangenes Kanzelliplakat vom 1. Mai 1810, das Regeln darüber aufstellt, inwieweit nichteingeborene Juden und andere Ausländer die Erteilung der Erlaubnis, sich in Dänemark niederzulassen, erwerben können. Bei den Eingeborenen als solchen, meint er, werde also das Recht zur Niederlassung vorausgesetzt: woraus dann wieder das Staatsbürgerrecht als „wesentlichste Wirkung" des Eingeborenenrechtes folge. Es ist jedoch ein falscher Schluß ins Gegensätzliche, daß, wenn für die Niederlassung nichteingeborener Juden gewisse Beschränkungen aufgestellt wurden, damit bei einwandernden Eingeborenen, Christen und Juden, ein Recht auf Niederlassung auch nur vorausgesetzt sei. Über sie ist eben nichts bestimmt, es blieb für sie bei dem bestehenden Recht, und dieses verwies, wie Goos und Hansen richtig sagen, auf das Ermessen der Behörden: die freilich wohl tatsächlich Eingeborene milder behandelt haben werden als Landfremde.

Erheblicher ist das schleswig-holsteinische Heimatsrecht. Unter dem 5. November 1841 wurde für die Herzogtümer ein Patent, betr. die Niederlassung und Versorgung von Ausländern erlassen, dessen §§ 1 und 7 lauten:

§ 1. Ausländern ist die Niederlassung in einer Kommune des Landes nicht ohne ausdrückliche Genehmigung zu gestatten.

§ 7. Eingeborene, welche sich im Auslande domiziliert haben, sind insofern den Ausländern gleich zu behandeln, daß sie im Verarmungsfalle nicht wieder aufzunehmen sind, wenn nicht ihre Wiederaufnahme durch einen deshalbigen Revers zugesichert ist. . . .

In der Begründung des § 7 ist gesagt (Matzen 23), den Eingeborenen, welche sich im Auslande domiziliert haben, werde das Recht zur freiwilligen Rückkehr in ihr ursprüngliches Vaterland auch nach einem noch so langen Aufenthalt im Auslande nicht zu versagen sein. In dem so begründeten

Gesetz sieht Matzen (24) die Anerkennung eines staatsbürgerlichen Rechtes der ausgewanderten Eingeborenen, freiwillig in die Herzogtümer zurückzukehren und sich dort niederzulassen

Richtig ist das Folgende: Jener begründende Satz will in der Tat wohl eine subjektive staatsbürgerliche Berechtigung, und zwar das Grundrecht des Staatsbürgerrechts, das Recht zum Aufenthalt im Lande, nun also doch schon in vorkonstitutioneller Zeit, anerkennen. Er spricht dieses Recht den im Ausland befindlichen, auch, wie zuzugeben, den ausgewanderten Eingeborenen zu, selbst wenn sie noch so lange im Auslande domiziliert gewesen seien. Daraus folgt notwendig zunächst, daß das Recht zum Aufenthalt auch den im Lande verbliebenen Eingeborenen zustehen sollte. Ob nicht weiterhin noch anderen Untertanen, die im Lande verblieben waren, ist nicht gesagt und nicht verneint, der begründende Satz handelt eben nur von den auswärtigen Eingeborenen und das Gesetz nur von Eingeborenen und Ausländern. Aber diese Möglichkeit auch offen gelassen, so ist anzuerkennen, daß dieser Satz doch, insoweit unterscheidend, den Eingeborenen das Grundrecht des Staatsbürgerrechts, also zugegeben, das Staatsbürgerrecht als ein in der Weise dauerndes hat zuerkennen wollen, daß es auch durch noch so langen Aufenthalt im Ausland und, da eine Ausnahme nicht gemacht ist, auch durch den Eintritt in eine fremde Staatsangehörigkeit nicht aufgehoben würde.

Es fragt sich, ob dieser Rechtssatz Gesetz geworden ist. Der § 7 des Patentes sagt, daß die im Ausland domizilierten Eingeborenen in einer bestimmten Beziehung, und das heißt, daß sie nur in dieser Beziehung den Ausländern „gleich zu behandeln" sein. Daraus folgt nur, daß sie in allen anderen, von diesem Gesetz geordneten Beziehungen nicht den Ausländern „gleich behandelt" werden sollen. Sie unterstehen also namentlich nicht dem § 1, bedürfen zu einer Niederlassung keiner ausdrücklichen Genehmigung. Ein Weiteres ergibt das Gesetz wohl nicht. Es spricht sich eben noch vorsichtiger aus, als jene auch schon etwas schüchternen Worte der Begründung. Man ist berechtigt, den still-

schweigenden Inhalt des § 7 in dem Satz, daß die Eingeborenen in dieser Beziehung den Ausländern gleich zu behandeln seien, dahin zu verstehen: die Frage, ob sie Inländer, Staatsangehörige, Staatsbürger sind, bleibt offen. Sie bedürfen keiner ausdrücklichen Genehmigung der Behörde zur Niederlassung: daß die Behörde nicht berechtigt sei, in geeigneten Fällen die Niederlassung zu untersagen, ist nicht gesagt. Diese Auslegung ist, wie ich glaube, schon hiernach durchaus haltbar. Als richtig erwiesen wird sie durch das jetzt Folgende.

Es handelt sich noch um den letzten, den konstitutionellen Zeitabschnitt bis 1864. Aus den §§ 6 der Sonderverfassungen für die Herzogtümer, Schleswig vom 15. Februar, Holstein vom 11. Juni 1854 will Matzen (30 ff.) endlich nachweisen, daß das Staatsbürgerrecht der Eingeborenen von ihrer Untertanschaft unabhängig gewesen sei und, aus dem Eingeborenenrecht fließend, trotz Lösung des Untertanenverhältnisses fortgedauert habe. Die §§ 6 bestimmen, daß das durch Geburt oder Naturalisation begründete Untertanenverhältnis in den Herzogtümern nur auf den Wunsch des Beteiligten (so Schleswig, Holstein hat die Fassung: auf Antrag des Beteiligten nur —) durch eine Allerhöchste Resolution aufgehoben werden könne. Neben diesen Sonderverfassungen wurde für die Monarchie die Gesamtstaatsverfassung vom 2. Oktober 1855 erlassen, deren § 47 eine Bestimmung über Naturalisation dahin enthält, daß kein Ausländer das Eingeborenenrecht erwerben könne außer im Wege der Gesetzgebung. Über das Eingeborenenrecht, als eine der ganzen Monarchie gemeinsame Angelegenheit, meint Matzen, habe nur in dieser Gesamtverfassung eine Bestimmung getroffen werden können; wie auch geschehen sei. Die §§ 6 der Sonderverfassungen könnten daher nicht etwa von einer Aufhebung des Indigenatrechts verstanden werden. Es werde vielmehr dort nur ein förmlicher Ausspruch der Lösung lediglich aus dem Untertanenverband vorgesehen, die, wie früher erwähnt, nach dänischem Staatsrecht dann eingetreten sei, wenn der Untertan sich im Ausland ständig niederlassen wollte. Werde sonach das Eingeborenenrecht durch diese Bestimmungen

nicht berührt, so bleibe es also und damit auch das (28) von ihm mitbezeichnete Staatsbürgerrecht dem Eingeborenen trotz seiner Lösung aus dem Untertanenverhältnis erhalten. — Hiervon ist folgendes richtig: Wenn nebeneinander eine Gesamtstaatsverfassung für die Monarchie und Sonderverfassungen für die Herzogtümer erlassen wurden, so gehörten Bestimmungen über das gesamtdänische Indigenatrecht allerdings folgerichtig in die Gesamtverfassung. Es bedarf aber gar nicht einmal dieser Voraussetzung, schon der Wortlaut der §§ 6 ergibt klar, daß dort nicht vom Indigenatrecht, sondern eben nur von einer Lösung des Untertanenverhältnisses gehandelt wird. Unrichtig jedoch ist, daß nach dieser Lösung noch ein Staatsbürgerrecht der Eingeborenen zurückgeblieben sei. Beide Sonderverfassungen bezeichnen den Staatsangehörigen in den Herzogtümern, wo sie ihn nennen (Schleswig: Einleitung, §§ 6 und 8, Holstein: §§ 6, 7), nur als Untertanen. Es müßte daher eine nicht glaubliche Unklarheit des Gesetzgebers unterstellt werden, wenn die Lösung des Untertanenverhältnisses in den §§ 6 etwas anderes bedeuten sollte, als die volle Lösung der Staatsangehörigkeit. Die Begründung der Vorschrift sagt denn auch ausdrücklich, daß „das Erlöschen der durch den Untertanenverband begründeten Rechte und Pflichten“ die Folge dieser Lösung sei (vgl. Schlesw. Ständezeitung 1853/54, Anh. 1 S. 209; übrigens über die Rechtsungültigkeit des § 6 in der Holst. Verf. Goos und Hansen, § 25 S. 31).

Damit entsteht freilich sofort die Frage, wie dann noch von einem Recht der ausgewanderten Eingeborenen auf jederzeitige Rückkehr die Rede sein könne, das doch in jener Begründung zum § 7 des Patentes von 1841 ausdrücklich anerkannt sei? Hier kommt eben der Beweis, daß dieser Satz nicht Gesetz geworden ist. In den §§ 6 der Sonderverfassungen wird die Staatsangehörigkeit für lösbar erklärt; mit ihrem Wegfall fiel die Grundlage für ein Recht zum Aufenthalt im Lande. Die Begründung und ebenso die Verhandlung der Schleswigschen Stände (a. a. O. 565; Anh. 2 146, 441) haben die Vorschrift als, abgesehen nur von der neuen Form einer Inanspruchnahme des Königs, dem bisherigen

Recht entsprechend behandelt. Folglich kann nicht 1841 schon ein unverlierbares Staatsbürgerrecht der Eingeborenen gesetzlich anerkannt worden sein. Man hat eben 1841 und ebenso noch 1854 jenes „Recht, das den Eingeborenen nicht zu versagen sein werde," nicht gesetzlich anerkennen, sondern nach wie vor nur behandeln wollen als einen Anspruch -- nämlich auf Wiederaufnahme in den Staatsverband —, den man billigerweise nicht werde ablehnen können.

So der Stand der Gesetzgebung in den Herzogtümern; für das Königreich fehlen überhaupt bis 1864 dem § 6 der Sonderverfassungen und dem Patent von 1841 entsprechende Bestimmungen (Matzen 31, 22). Anders war freilich der Stand der dänischen Staatsrechtslehre; er wird sich dahin bestimmen lassen: Jene verstärkte Bedeutung, die ein Indigenatrecht für den national gerichteten Staat gewinnen mußte, und die für Dänemark, auch nach dem Verlust Norwegens, durch das Streben nach fester Angliederung der deutschen Herzogtümer dauernd Nahrung behielt, hat die dänische Staatsrechtslehre auf den Weg gedrängt, den übrigens noch andere Staaten, vor allen England, eingehalten haben, die Landeseingeborenheit in feste Verbindung mit der Staatsangehörigkeit zu setzen. Indem man für die Tatsache der Eingeborenheit Indigenat und für die Staatsangehörigkeit das neu sich bildende Staatsbürgerrecht setzte, hat jener oben nachgewiesene Verfall des alten Indigenatbegriffes, sein Hinübertreten in das Gebiet des Staatsbürgerrechts, es erleichtert, diese Verbindung als eine solche von Indigenatrecht und Staatsbürgerrecht aufzufassen. Bei Falck (4 § 26), 1840, in politisch noch unbefangener Zeit, zwar findet sich noch keine Spur einer Einmischung von staatsbürgerlichen Berechtigungen in das Indigenatrecht. Jener gleichzeitige begründende Satz zum Patent von 1841 bezeichnet indessen schon die Eingeborenheit, freilich nur diese, als den Rechtsgrund für ein dauerndes Recht zum Aufenthalt im Lande, die staatsbürgerliche Grundberechtigung. Demnächst ist auch der weitergehende Satz aufgestellt worden, das Indigenatrecht sei rechtlich, und zwar unlöslich mit dem Staats-

bürgerrecht verbunden, und er wird jetzt von der herrschenden dänischen Staatsrechtslehre, insbesondere übereinstimmend von Matzen und von Goos und Hansen vertreten. Die Verbindung beider Begriffe hat dann zu der Vorstellung geführt, daß der Grund für die angenommene Dauerhaftigkeit des Staatsbürgerrechts der Eingeborenen in der gleichen Eigenschaft des Indigenatrechts liege. Allein dies alles sind bloße Lehren der Staatsrechtswissenschaft, die wohl auf eine bestimmte Rechtsentwickelung hindrängten, nach dem bestehenden Recht aber schon in der ersten Voraussetzung eines dauernden Staatsbürgerrechts der Eingeborenen unrichtig waren.

Indessen ich will einen Schritt zurücktreten. Das Äußerste, was an objektiver Rechtsbildung behauptet werden kann, ist, daß ein dauerndes, unverlierbares Staatsbürgerrecht der Eingeborenen schon vor 1864 gesetzliche Anerkennung gefunden habe. Die Begründung, das Warum und Wie, läge außerhalb des Gesetzes. Es ist nun, jenen Rechtsstand auch unterstellt, unter allen Umständen dasjenige falsch, worauf es hier allein ankommt: die Herleitung dieses Bürgerrechts aus einem rechtlich mit ihm verknüpften Eingeborenenrecht. Die Begriffe müssen nur wieder, wie folgt, auseinandergelegt werden.

Vorausgeschickt sei, daß das dänische Staatsrecht trotz jenes Strebens nach einer innigen Verbindung von Eingeborenheit und Staatsbürgerrecht doch den richtigen Standpunkt eingehalten hat, noch anderen als den Eingeborenen das volle Staatsbürgerrecht zuzuerkennen. Goos und Hansen widmen diesen „eingewanderten Staatsbürgern" den § 10 und führen die Voraussetzungen an, unter denen sie das Bürgerrecht erwerben. Zu diesen Voraussetzungen gehört nicht etwa die Naturalisation, der Erwerb des Indigenatrechtes. Danach aber war die Rechtslage diese:

Im dänischen Staate gab es ein einheitliches Staatsbürgerrecht. Erworben wurde es von den Landeseingeborenen durch die Geburt im Lande. Daneben erwarben es unter gewissen Voraussetzungen auch einwandernde Landfremde. Es gab also nebeneinander indigenatberechtigte und nichtindigenatberechtigte Staatsbürger, zu demselben Bürger-

recht. Wäre nun dieses inhaltlich gleiche Staatsbürgerrecht in Ansehung seiner Dauer unterscheidend dahin bestimmt worden, daß es in der Person der eingeborenen Staatsbürger auch durch Auswanderung und durch den Eintritt in eine fremde Staatsangehörigkeit nicht erlöschen sollte: so hätte sich diese, rechtlich mögliche, doch eben nur das Staatsbürgerrecht treffende Rechtsverstärkung auch ausschließlich innerhalb der Rechtslage des Staatsbürgerrechts der Eingeborenen vollzogen. Es wäre dann eben der Tatsache der Geburt im Lande nunmehr die Folge des Erwerbs eines dauernden Staatsbürgerrechts gegeben worden. Daß der einer Staatsrechtslehre folgende Gesetzgeber diese Verstärkung von der gleichen Beschaffenheit des Indigenatrechts abgeleitet hätte, ein ganz überflüssiger Kraftaufwand, wäre für jenen Hergang gleichgültig. Mit dem Indigenatrecht, der zweiten Rechtslage, die dieselben Personen durch die Geburt erworben hatten, hätte dieser Hergang in Wahrheit nichts zu schaffen: beide Rechtslagen, beide bis auf die Geburt zurückleitend, blieben nach wie vor rechtlich vollkommen geschieden.

Damit sind alle irgend erheblichen Beweisgründe Matzens besprochen; Goos und Hansen haben ihre Ansicht von einer Verknüpfung der beiden Begriffe nicht näher begründet.

Das Ergebnis ist: Es ist kein Beweis dafür erbracht, daß nach dänischem Recht Indigenatrecht und Staatsbürgerrecht eine rechtliche, geschweige eine unlösliche Verbindung eingegangen wären. Die allgemeine Geschichte des Indigenatrechts und die Verordnung von 1776 beweisen seine Selbständigkeit und ermöglichen nur die einfache Auffassung, die Klarheit schafft und die Entscheidung gibt: Die Geburt im Lande, die wirkliche oder durch Naturalisation ersetzte, erzeugt auch nach dänischem Recht nebeneinander die zwei gesonderten Rechtslagen des Indigenatrechts und der Staatsangehörigkeit.

Es ist hiermit erwiesen, daß der Indigenatrechtsvorbehalt im Artikel 19 des Wiener Friedens, von einem anderen Rechtsverhältnis handelnd, ein Staatsbürgerrecht der Indigenatberechtigten nicht getroffen hat.

Noch bleibt die letzte Frage, welchen Sinn denn nun der Vorbehalt habe. Matzen (53) sagt, die deutsche Auslegung mache ihn sinnlos. Das harte Wort ist nicht begründet. Wenn die dänische Auslegung als sachlich und nun auch als rechtlich unmöglich nachgewiesen wurde, so behält darum doch der Vorbehalt rechtliche Bedeutung; sie ist freilich eine weit geringere, aber immerhin derart, daß sie doch noch einem Interesse gerecht wird, das Dänemark wohl veranlassen konnte, die Aufnahme des Vorbehalts zu wünschen. Es handelt sich um die Verlierbarkeit des Indigenatrechts.

Der Ausdruck unverlierbar wurde sowohl beim Staatsbürgerrecht als beim Indigenatrecht mit Vorbehalt gebraucht.

Staatsbürgerrecht zunächst, Staatsangehörigkeit gehen, auch wo sie Auswanderung und Eintritt in eine fremde Staatsangehörigkeit überdauern, unter im Falle einer Gebietsabtretung, für die Zugehörigen des abgetretenen Gebietes im bisherigen Staatsverband, für die des Restgebietes im neuen Staatsverband des abgetretenen Teiles: soweit nicht Vorbehalte gemacht sind, wie der einer Option (S. 189 oben). Daraus folgt für die Abtretung der Herzogtümer, wenn ein Einfluß des Indigenatsvorbehaltes wegfällt, daß, mag das dänische Staatsbürgerrecht der Eingeborenen im Jahre 1864 ein sog. unverlierbares gewesen sein oder nicht, in beiden Fällen für alle seitherigen dänischen Staatsbürger mit der Vollziehung einer Option oder mit dem Ablauf der Optionsfrist das jenseitige Staatsbürgerrecht erlosch. An der Stelle des seitherigen einen dänischen Staatsbürgerrechts standen seit dem Ablauf der Optionsfrist, örtlich geschieden, zwei, das dänische für die Dänen, seßhaft Gebliebenen und Optanten, das schleswig-holsteinische für die Schleswig-Holsteiner, gleichfalls seßhaft Gebliebenen wie Optanten.

Nicht gleich einfach liegt die Frage für das Indigenatrecht.

Zunächst die örtliche Spaltung. Man könnte zweifeln, ob die Spaltung des Staatsgebietes in zwei selbständige Staatsgebiete auch die Teilung des Indigenatgebietes zur Folge haben müsse. Indessen weist doch schon die enge Beziehung beider Gebiete, ihr jedenfalls ursprüngliches Zu-

sammenfallen, auf die Bejahung hin. Dazu tritt entscheidend die öffentlichrechtliche Wesenheit der Hauptberechtigung des Rechts auf die Ämter. Das Nebenrecht auf die Stiftungen privatrechtlicher Art, würde eher die Beibehaltung des einheitlichen Gebietes zulassen; aber es muß hier dem Hauptrecht folgen. Es bestehen also fortan zwei Indigenatgebiete, bei Fortgeltung der alten, nur örtlich beschränkten Indigenatrechtssatzungen in beiden.

Sodann die Scheidung der Berechtigten. Bestehen seit der staatlichen Spaltung zwei Indigenatgebiete, so versteht es sich von selbst, daß die später Geborenen das Indigenatrecht nur in dem Gebiet ihrer Geburt erwerben. Es wird ferner anzunehmen sein, daß diejenigen schon lebenden Indigenatberechtigten, welche in dem Gebiet ihrer Geburt verblieben sind, fortan, eine Rechtsminderung erleidend, nur dort noch das Indigenatrecht haben. Man kann in der Begründung sogar weitergehen und, eine Rechtsminderung leugnend, bloß tatsächliches Wegfallen eines Teiles des Rechtsinhaltes annehmen. Denn die Rechtslage, in diesem Gebiet geboren zu sein, bleibt bis an die Grenze der jetzt bestehenden Möglichkeit, also voll wirksam. Zweifelhaft dagegen ist die Lage derjenigen, die in dem einen Gebiet geboren, zur Zeit der Gebietstrennung ihren Aufenthalt im anderen Gebiet haben und dort ferner verbleiben, sowie, bei einer Option die Lage der Optanten, die aus dem Gebiet ihrer Geburt in das andere übertreten. Dem Erwerb des dortigen Staatsbürgerrechts und ihrer Beschränkung auf dieses kann, bei der Verschiedenheit der beiden Rechtslagen, die Entscheidung unmittelbar nicht entnommen werden. Dennoch muß das praktische Bedürfnis dazu führen, daß diese Personen auch das Indigenatrecht in dem Gebiet ihres nunmehrigen Wohnsitzes erwerben, dasjenige im Gebiet ihrer Geburt verlieren. Das läßt sich auch immerhin begründen; man kann sagen, trotz der Abtrennung des Geburtsgebietes von dem anderen Staatsteil bleibe mit der Tatsache der Geburt im ungetrennten Staate der Rechtsgrund für ein Indigenatrecht auch in dem anderen Gebietsteil erhalten und werde durch die tatsächliche Inanspruchnahme wirksam;

dann aber zugleich unter Wirksamwerden der inzwischen eingetretenen örtlichen Beschränkung.

Zu diesen Ergebnissen würde man also schon im Wege der Schlußfolgerung kommen können. Die Fragen sind indessen für das dänische Indigenatrecht in diesem Sinne gesetzlich entschieden worden. Am 16. November 1773 hatte Dänemark gegen Eintausch des Kielschen Anteils von Holstein die Länder Oldenburg und Delmenhorst an Paul, den späteren Kaiser Paul I. von Rußland, abgetreten. Wenige Wochen nun nach Erlaß der Indigenatsverordnung wurde durch die Kabinettsorder vom 18. März 1776 an die deutsche Kanzelei (bei Schou, Kongelige Forordninger 6, 143) bestimmt:

1. daß alle im Kielschen Anteil von Holstein vor oder nach dem 16. November 1773 Geborenen für Eingeborene erachtet würden;

2. daß alle vor dem 16. November 1773 in Oldenburg und Delmenhorst Geborenen, die sich am 29. Januar 1776, dem Tag des Inkrafttretens der Indigenatsverordnung vom 15. desselben Monats, als Untertanen — also mit Domizil — in den Reichen und Ländern des Königs aufgehalten hätten, auch als Eingeborene angesehen würden;

3. daß alle anderen aus Oldenburg und Delmenhorst — also auch die vor dem 16. November 1773 Geborenen — nun für Fremde zu erachten seien.

Mit Falck (4 § 26 bei Note 50, Matzen und Goos und Hansen erwähnen sie nicht) darf dieser Order, als authentischer Auslegung der Indigenatsverordnung, gesetzliche Kraft auch über den entschiedenen Fall hinaus zuerkannt werden (vgl. übrigens den § 2 IndVerO.).

Ihre Anwendung auf die Abtretung der Herzogtümer, unmittelbar und in dem neuen Fall der Option entsprechend, würde sonach das Ergebnis gehabt haben, daß die beim Friedensschluß lebenden und indigenatberechtigten Dänen und Schleswig-Holsteiner fortan auf das Indigenatrecht in demjenigen der beiden Gebiete beschränkt gewesen wären, dessen Staatsbürgerrecht sie behielten oder erwarben. Der Indigenatsvorbehalt im Artikel 19 des Friedens hat ihre Rechte dahin erweitert, daß ihnen daneben das Indigenatrecht im

anderen Gebiet gewahrt ist. Die Bestimmung hat, bei gesonderter Betrachtung der Haupt- und der Nebenberechtigung, diese doch nicht überall wertlose Folgen:

1. Das Recht auf die Ämter. Für das Territorialindigenat führte ich aus, daß es, jedenfalls das Recht auf die Ämter, der Ausübung nach durch die zum Indigenat hinzutretende Untertanschaft bedingt gewesen sei. Das ist im dänischen Recht nicht anders. Während die Indigenatverordnung selbst nur Geburt im Lande oder Naturalisation als Voraussetzungen des Indigenatrechts aufstellt, sagt das Ausführungspatent vom 22. Februar 1776, in den Vokationsbriefen und Bestallungen sei ausdrücklich zu berühren, daß die zu einer Amtsstelle gelangende Person die Eigenschaft eines eingeborenen oder naturalisierten Untertanen habe. Wenn hinzugefügt wird „die das Indigenatrecht erfordert und festsetzet", so ist das freilich wieder, den Ausdruck genau genommen, dieselbe Verschiebung, wie sie oben in dem Cleve-Märkischen Landtagsabschied von 1660 entgegentrat. Immerhin ist ein Unterschied, der, ungewollt vielleicht, das Richtige trifft: die Indigenatverordnung selbst bringt hier das Indigenatrecht in voller Reinheit mit dem alleinigen Requisit der Eingeborenheit; und erst das Ausführungspatent sodann, für das Recht auf die Ämter, das Ausübungsrequisit der Untertanschaft. Klar aber ist jedenfalls der Rechtsstand: Auch hier kann nur der Eingeborene, der zugleich Untertan ist, das Recht auf die Ämter geltend machen. Daraus folgt, daß der Indigenatsvorbehalt des Artikels 19 den fortan auf die Staatsangehörigkeit in ihrem Lande beschränkten eingeborenen Dänen und Schleswig-Holsteinern nicht die Lage verschafft hat, die Übertragung eines Amtes im jenseitigen Gebiet beanspruchen zu können. Dennoch bestand die Rechtslage des jenseitigen Indigenatrechts für die damals lebenden Eingeborenen auch insoweit, sie wurde wirksam, sobald der Berechtigte durch Aufnahme jenseitiger Untertan wurde.

Zuzugeben ist, daß dieses Ämterrecht, das in Dänemark übrigens noch heute besteht (Goos und Hansen § 9), so bedingt, kein Gegenstand besonderer Wertschätzung sein konnte: hier mußte jedenfalls nachgewiesen werden,

daß der Indigenatsvorbehalt auch zu dieser Berechtigung nicht ohne Rechtsinhalt ist.

2. Das Recht auf die Stifter und Klöster. Es wurde schon gesagt, daß diese Berechtigung, wenn sie allein den Inhalt des Indigenatrechts bildete, sogar das dauernde Fortbestehen des alten Indigenatbezirks trotz staatlicher Spaltung etwa rechtfertigen könnte: zumal es sich hier um einen enger begrenzten, vielleicht auch durch andere Rechtsgemeinschaften verbundenen Kreis von Berechtigten handelt. Nötigte aber freilich die Hauptberechtigung zur Trennung des Gebietes, so ging es nicht wohl an, etwa in der Beschränkung auf dieses Nebenrecht das bisherige Indigenatgebiet zusammenzuhalten. Für die später Geborenen bleibt es also bei der örtlichen Beschränkung des Rechtes. Aber eine Rechtsminderung der beim Friedensschluß lebenden Anspruchsberechtigten hat man nun hier doch durch den Indigenatsvorbehalt des Artikels 19 mit vollem Erfolg vermieden. Denn ich nehme mit Matzen (38) an, daß hier, wo es sich nicht um eine öffentlichrechtliche Berechtigung handelt, nicht, um das Indigenatrecht wirksam zu machen, die Untertanschaft hinzuzutreten braucht; auch das Ausführungspatent erfordert sie nicht für dieses Nebenrecht. Dann aber hat der Schlußabsatz des Artikels 19 hier die volle Wirkung gehabt, den damals Berechtigten den Anspruch auf die Stellen in den jenseitigen Stiftern und Klöstern zu erhalten.

Es ist, wie voraus bemerkt, kein wichtiges Ergebnis, das bei dieser Auslegung herauskommt. Immerhin mochte die Vergemeinschaftlichung der beiden Indigenate für die damals Lebenden vielleicht noch dazu dienen, dem dänischen Volk das Harte des Übergangs in die neuen Verhältnisse zu mildern. Was von dänischer Seite jetzt beansprucht wird, ist an sich als Vertragsabsicht unglaubhaft und steht mit dem Wortlaut der Abrede im Widerspruch. Mehr, als hier geschehen, wird sich ihr nicht entnehmen lassen. Möchte im übrigen auch dieser Schlußabsatz des Artikels 19, um den wieder so viel Tinte geflossen ist, eine leise Mahnung sein, nach dem Stande der Urkundungskunst zurückzustreben, den wir in lange vergangenen Zeiten schon erreicht hatten.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.



Strafgesetzbuch

für das Deutsche Reich,

einschliesslich der Strafbestimmungen der Konkursordnung.

Von

Dr. Justus Olshausen,
Oberreichsanwalt.

Siebente Auflage,

neubearbeitet unter Mitwirkung von

Dr. A. Zweigert,
Reichsanwalt.

1906. 2 Bände. Geheftet M. 33,—. Gebunden M. 38,—.

Die

Strafrechtspflege in Amerika

mit

Ausführungen zur deutschen Strafprozessreform.

Von

Adolf Hartmann.

Mit einer Übersichtskarte der Vereinigten Staaten.

1906. Geheftet M. 8,—. Gebunden M. 9,—.

Die

Preussischen Disziplinargesetze.

Unter Benutzung des einschlägigen amtlichen Materials erläutert von

Paul von Rheinbaben,
Geheimer Oberregierungsrat
und Vortragender Rat beim Königlichen Staatsministerium.

1904. Geheftet M. 14,—. Gebunden M. 16,—.

